



Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo

Carrera de Derecho

Trabajo de investigación de artículo científico previo a la obtención del título de abogado

Título:

Custodia compartida en divorcios su regulación legal e impacto en los derechos de los niños

Autores:

Báez Alcívar Melanie Cristina

Zambrano Flecher Richard Bruker

Tutor:

Abg. Brenner Fabián Diaz Rodríguez, Mgs

Portoviejo - Manabí - Ecuador

Abril – septiembre 2024

Declaración de autoría y cesión de derechos de propiedad intelectual

Báez Alcívar Melany Cristina y Zambrano Flecher Richard Brucker declaramos, en forma libre y voluntaria, ser los autores del trabajo de investigación con el título: **Custodia compartida en divorcios, su regulación legal e impacto en los derechos de los niños**, cuyo contenido es auténtico, original y no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En este sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación. Así como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuestas son de exclusiva responsabilidad de mi persona, como autor/a.

De manera expresa cedo los derechos de propiedad intelectual del Artículo Científico “**Custodia compartida en divorcios, su regulación legal e impacto en los derechos de los niños**”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo, y autorizo a su difusión en formato digital, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Portoviejo, 25 de octubre de 2024



C.C: 1315989309



C.C: 1312534025

Custodia compartida en divorcios su regulación legal e impacto en los derechos de los niños

Shared custody in divorces, its legal regulation and impact on the rights of children

Autores:

Báez Alcívar Melanie Cristina

<https://orcid.org/0009-0000-5391-1404>

Universidad san Gregorio de Portoviejo

Zambrano Flecher Richard Brucker

<https://orcid.org/0009-0002-4680-7195>

Universidad san Gregorio de Portoviejo

Tutor:

Abg. Brenner Fabian Diaz Rodríguez, Mgs

<https://orcid.org/0000-0002-2872-9077>

Universidad san Gregorio de Portoviejo

Resumen

El estudio tuvo como objetivo analizar la factibilidad de la custodia compartida en casos de divorcio en Ecuador, evaluando su impacto en los derechos de los niños. En este sentido se analiza la regulación en el área legal y el impacto en los derechos de los niños, generando una revisión crítica del marco normativo, identificando áreas de mejora y sugiere enfoques legales más protectores para garantizar el bienestar infantil. Para lo cual se manejó una revisión bibliográfica, un estudio comparado y un análisis de jurisprudencia. Los hallazgos principales son la identificación de la deficiente legislación actual que solo favorece la custodia materna, pero a su vez los beneficios de la custodia compartida tanto emocional y psicológico en el desarrollo de los niños. A modo de conclusión esta investigación destaca una necesidad de reformar la legislación ecuatoriana para así poder garantizar un enfoque más equitativo en la custodia compartida, activando la participación de ambos padres y sugiriendo mejoras legislativas para asegurar el bienestar de los menores.

Palabras clave: Custodia compartida; derechos del niño; corresponsabilidad parental; legislación ecuatoriana; equidad de género.

Abstract

The study aimed to analyze the feasibility of shared custody in divorce cases in Ecuador, evaluating its impact on the rights of children. In this sense, regulation in the legal area and the impact on children's rights are analyzed, generating a critical review of the regulatory framework, identifying areas for improvement and suggesting more protective legal approaches to guarantee child well-being. For which a bibliographic review, a comparative study and a jurisprudence analysis were handled. The main findings are the identification of the current

deficient legislation that only favors maternal custody, but at the same time the emotional and psychological benefits of shared custody in the development of children. In conclusion, this research highlights a need to reform Ecuadorian legislation in order to guarantee a more equitable approach to shared custody, activating the participation of both parents and suggesting legislative improvements to ensure the well-being of minors.

Keywords: Shared custody; child rights; parental co-responsibility; ecuadorian legislation; gender equity.

Introducción

En casos de divorcio la custodia compartida se vuelve un tema de creciente interés y de gran relevancia en el ámbito jurídico, en específico debido a los cambios sociales, culturales y familiares que se ha experimentado en los últimos años. Por lo general, la estructura familiar se ha definido por el papel que se le asigna a cada progenitor, con una tendencia a otorgar la custodia a su madre. Sin embargo, esta visión ha evolucionado y ha reconocido la importancia de que ambos padres participen en su desarrollo integral.

Así concebimos que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres en relación a sus hijos. Mientras que la tenencia se comprende como convivencia que tienen los padres con los niños día a día. Por eso decimos que la patria potestad se entiende como un derecho inalienable que gozan ambos progenitores, mientras que la posesión puede realizarse de diferentes formas, conjunta o exclusiva, lo que dependerá de la situación familiar y del interés superior del niño. para menores.

Se reconoce como un principio fundamental el interés superior del niño, un reconocimiento dado por la convención sobre los derechos del niño, el cual enfatiza que el

bienestar físico, psicológico y emocional del niño son fundamentales, promoviendo su desarrollo integral para que sea seguro y estable. Es por ello que la custodia compartida surge como una opción significativa que permite que ambos progenitores puedan mantener relaciones que sean de interés para el menor.

La implementación de la custodia compartida ha conllevado varios problemas en el Ecuador, tal es así que la legislación actual no es clara ni precisa una regulación sobre la custodia compartida afectando la equidad de género y la corresponsabilidad parental. La Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador es un hito en este tema, declarando inconstitucionales las disposiciones en las que se beneficiaban inmediatamente a la madre en la custodia de niños que eran menores de doce años, haciendo énfasis en la importancia de diagnosticar de forma objetiva lo mejor para el bienestar del niño sin recurrir a estereotipos de género.

A pesar de los avances, persisten interrogantes como ¿Cuál es la factibilidad de implementar la custodia compartida en casos de divorcio y cuál es su impacto en el derecho de los niños? Este estudio se propone identificar la factibilidad de la custodia compartida en el Ecuador, evaluando si la custodia compartida es una opción en los divorcios en el Ecuador e ilustrando el impacto social de la custodia compartida en los niños en el Ecuador, con el fin de proponer mejoras legislativas que aseguren el bienestar de los niños y la equidad entre los progenitores.

Enfoques, técnicas e instrumentos de la investigación

Esta investigación se llevará a cabo mediante una metodología cualitativa en la que se incluirán diversas herramientas de investigación como lo son de tipo analíticas y técnicas de

recopilación de información. Como primera herramienta se utilizará el estado del arte esta nos dará una vista panorámica y actualizada del tema investigado asegurándonos que la información recopilada sea contemporánea ya parte de nuestro interés.

Dentro de nuestra investigación se utilizará el método de estudio de análisis comparado, la función de esta herramienta cualitativa en nuestra investigación es recopilar las legislaciones mas avanzadas en el tema para relacionarlas con la de Ecuador y establecer las fortalezas y debilidades de nuestra normativa obteniendo una visión amplia en la que podremos aportar las recomendaciones necesarias en relación a las falencias en la legislación ecuatoriana.

Y como última herramienta de investigación utilizaremos la revisión bibliográfica que nos ayudará a recopilar y describir la información más importante. A través de esta revisión podría podremos abordar y contraponer las ideas de distintos autores lo cual nos permitirá establecer los distintos pensamientos en base al tema estudiado. Obteniendo así distintas perspectivas tanto ideales como de propuestas normativas dando unos resultados óptimos, así podríamos decir que esta investigación recopilará información de carácter crítico que en base a nuestra interpretación creativa contribuirá en este problema establecido.

Fundamentos Teóricos

Introducción al Tema

Para Abril & Báez (2023) el divorcio y las repercusiones sociales que tiene debe entenderse como:

Una nueva dinámica a la que se enfrenta la familia y es deber de los progenitores adaptarse de la mejor manera a ella. en contextos de origen latinoamericano la cercanía en las relaciones familiares y las costumbres arraigadas en los estereotipos de género,

podrían presentar un obstáculo en la toma de las decisiones judiciales y administrativas relacionadas a la determinación de la custodia, de aquí el interés por conocer de cerca la forma en que los países latinoamericanos han abordado la presencia de la alienación parental siendo este uno de los mayores desafíos en los procesos de separación de un sistema familiar. (pág. 24)

Qué es la custodia compartida

Para Rodríguez et al. (2022, pág. 15) “la función de la patria potestad es la integración de derechos y obligaciones que permite al padre como a la madre garantizar su desarrollo integral en atención a su cuidado y protección, indistintamente que se encuentren separados”. Es por ello, que, no se deberá confundir la figura de patria potestad con la tenencia, a pesar que se manejen en similitud, ya que, la primera es un derecho ineludible para ambos progenitores en favor de sus hijos, mientras que en la segunda es la convivencia diaria con los menores.

Es por ello que autores como Chávez-Castillo (2020), han manifestado que la crianza compartida es:

La crianza compartida es un esfuerzo serio ya que comporta la educación, y la conducción de la vida de los niños, quienes además de tratar de superar una serie de dificultades emocionales debido al divorcio de sus padres deben también continuar con sus vidas como si nada les hubiese sucedido. En virtud de estas consideraciones, la crianza compartida podría constituirse en una opción que coadyuva a mantener a ambos padres involucrados en la vida de sus hijos, como corresponde, en estos casos. De allí que sea materia de principal abordaje e interés del Derecho Constitucional el velar por los

intereses y derechos superiores del bienestar del niño, por lo que se considera que la actual custodia unilateral cercena y vulnera sus derechos a una convivencia sana y equitativa con ambos padres. (pág. 54)

Tipos de Tenencia

La convivencia de padres con sus hijos menores de edad es una forma de organización familiar que se denomina tenencia. No obstante, esta forma de organización puede cambiar según las condiciones específicas de cada familia, por lo que existen distintas clases de tenencia las cuales Ojeda (2024) sostiene que:

Una de ellas es la que se origina de la patria potestad, que es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres respecto a sus hijos, y que se ejerce de forma conjunta cuando los padres residen en la misma casa y actúan de forma coordinada; otra de ellas es la que se determina como una institución jurídica, que regula la situación de los padres que no viven en el mismo lugar y que, por consiguiente, solo uno de ellos puede residir con sus hijos, mientras que el otro tiene derecho a verlos y comunicarse con ellos. (pág.55)

Tenencia negativa

Resulta que ninguno de los padres de los niños o adolescentes quiere cuidarlos y prefiere pasar sus responsabilidades a los demás. Dicen que es cuando ninguno de los padres quiere cuidar a menores. La medida principal es comenzar una prueba de mantenimiento para que el deudor cumpla con su responsabilidad. Para Valderrama Hernández et al. (2009, pág.33) “la propiedad negativa se entiende de dos maneras, por ejemplo, como legalmente existente, pero no

se ejerce, de modo que el menor está bajo la responsabilidad de terceros, también puede entenderse como un menor que no lo cuida como padre”.

Tenencia provisional

Para Lud & Gallazi (2019, pág. 12) “la custodia temporal es la autoridad del padre que no tiene la custodia para contactar al juez especialista para solicitar la custodia provisional, ya que existe el riesgo de que se aplique la integridad física del niño”. La ley establece que quienes no están en posesión tienen derecho a solicitar posesión provisional para preservar la integridad del menor. Se cree que el menor corre un grave riesgo de estar con el otro padre, que debe entregarlo de inmediato con una orden judicial.

Tenencia por mutuo acuerdo

Lud & Gallazi (2019, pág. 13) sostiene que “es aquella que ocurre cuando los progenitores del niño o adolescente se ponen de acuerdo, y establecen entre ellos unas condiciones mínimas, para ambos disfrutar de su descendencia”. Este tipo de tenencia debería ser la más aplicada, pero en la actualidad se observa más problemas por esta causa en los tribunales de menores.

Derechos del Niño y Consideraciones Judiciales

El Comité de los Derechos del Niño hacen referencia sobre el objetivo principal del interés superior del niño que es garantizar el disfrute pleno de todos sus derechos como es la integridad física, psicológica, moral, espiritual y holísticas del niño. Además, de promover su dignidad humana reconocidos por la Convención, en tres dimensiones:

- a) Un derecho sustantivo;

b) Un principio jurídico interpretativo;

c) Una norma de procedimiento.

El primero regula derechos y obligaciones para todos los Estados de aplicación directa e inmediata, el segundo trata sobre la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño dentro de una disposición jurídica y el tercero refiere a todos los parámetros que debe seguir cada Estado, ponderando los intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otras consideraciones de casos concretos (Observación general No 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013).

El juez de familia también debe evaluar varios parámetros para el encargo de la tenencia de los niños y adolescentes, siguiendo las directrices expuestas en la Sentencia (No. 28-15-IN, 2021), con el propósito de garantizar el derecho a la opinión de los hijos e hijas en función de su edad y madurez. Así como las necesidades materiales y emocionales que permitan un desarrollo adecuado, adoptando medidas necesarias para eliminar todo tipo de violencia y a su vez valorando como parte fundamental la aptitud e idoneidad de ambos progenitores. Sin desvalorizar su situación económica para solicitar la tenencia, entre otros factores que asegurarán un ciclo de vida apropiado para este grupo etario.

Igualdad de Género y Derechos de los Progenitores

La igualdad en temas familiares es de gran importancia, para Cedeño-Cobeña (2022):

La custodia compartida se ve inmersa siempre en temas de igualdad es así que, apunta a la igualdad del derecho de propiedad compartida respecto de la prelación de la propiedad de la madre, pues esta igualdad se ratifica como un derecho fundamentado en la constitución y ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, en Ecuador, este derecho

no se ejerce en su totalidad debido a que las madres tienen prioridad sobre la custodia, es decir, aplica una tenencia unilateral, que incurre en que pueda afectar los intereses de los niños y/o jóvenes, desembocando en distinciones y diferencias en la crianza de los niños. (pág. 9)

Del mismo modo, mencionaron que las normas jurídicas en el Ecuador son inadecuadas y en ningún caso contienen la información necesaria sobre la custodia compartida, lo que conlleva a vulneraciones de los derechos de los menores a organizar su situación cuando los padres se encuentran separados, por lo que es importante que los padres tengan los mismos derechos y obligaciones que las madres.

En relación a esta información, Ramírez et al. (2019) reconoce que:

La ausencia de un marco normativo claro genera incertidumbre y conflictos entre los padres, lo cual afecta a los niños en su desarrollo y bienestar. Es fundamental reformar las leyes actuales para garantizar un enfoque equitativo y centrado en el interés superior del menor, promoviendo una participación equilibrada de ambos padres en la crianza y desarrollo de sus hijos, asegurando así un entorno más justo y beneficioso para todas las partes involucradas. (pág. 47)

Tamayo-Haya (2008, pág. 55) “el eje vertebrador de la decisión de custodia es el beneficio del menor, que debe determinar cómo se relacionará con los distintos progenitores en los periodos de convivencia o no convivencia, cumpliendo el principio de corresponsabilidad”. También aseguraron que la tenencia de uno de los progenitores (la madre) se ajustaba a la sentencia desfasada en la que el padre brindaba el cuidado y la madre era la prioridad, afirmación que violaba el orden constitucional de la patria potestad y relación compartida entre los menores

y el derecho a la convivencia en familia. Para Murillo- Célleri & Vazquez-Calle (2020) esta postura refleja:

Un enfoque anticuado y discriminatorio que no reconoce la importancia de la participación activa y equilibrada de ambos progenitores en la vida de los menores. Al tener la idea de que la madre es la que tiene el deber de ser la cuidadora de los niños, se están violentando todos los progresos sociales y jurídicos de nuestra sociedad, que alegan una paternidad igualitaria. Esta perspectiva de que la mujer sea la que se encargue de cuidar a los niños también afecta significativamente a la relación con ambos padres, volviendo imprescindible actualizar sentencias y normativas que favorezcan el interés superior del menor y garantizando una distribución justa de responsabilidades parentales. (pág. 40)

Impacto Psicológico y Emocional en menores

Molina (2021), expresa que:

La custodia o la tenencia compartida es favorable al derecho de desarrollo de los hijos menores de edad cuyos padres son separados o divorciados; por este motivo, la sociedad civil y las redes sociales de apoyo gubernativo y no gubernativo deben promoverla, brindando soporte técnico a las familias con problemas en los diversos contextos socioeconómicos, fortaleciendo la solución alternativa de conflictos y propiciando conciliaciones sólidas y ejecutables. (pág. 4)

Según la doctrina Silva & Márquez (2022, pág. 7) mencionan que: “La tenencia del menor en la aplicación jurídica, no es otra cosa que el cuidado de los hijos por parte de los padres, la cual puede ser unilateral o compartida”. En tal sentido, la figura legal que se mantiene

actualmente es la tenencia unilateral, que se otorga a uno de los progenitores, fomentando disputa entre ellos, debido a que en la mayoría de casos ambos progenitores desean gozar de esta institución jurídica.

Análisis de beneficios para niños y padres

Castellanos (2019, pág. 33) “la custodia compartida es una de las formas en que se gestiona la patria potestad sobre los hijos. En este caso, el niño o niños viven con mamá la mitad del tiempo y papá la otra mitad”. Viven en dos casas distintas y pasan juntos el mismo número de días en ambas casas, esta es una de las alternativas más equitativas tanto para padres como para los niños.

Posso, Suárez & Valencia (2024) expone que en la crianza compartida:

Ambos padres toman decisiones sobre sus hijos juntos y de manera igualitaria, lo cual promueve relaciones equilibradas y evita los conflictos de autoridad. La ley debe velar por la implementación de este modelo con criterios claros y equitativos que favorezcan siempre el bienestar del menor. La tenencia compartida debe ser una opción prioritaria para garantizar la estabilidad emocional y psicológica de los niños. (pág. 76)

Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Constitución de la República del Ecuador

Artículo 67: Reconoce a la familia en sus diversos tipos. Establece la igualdad de derechos y obligaciones de los miembros de la familia, independientemente de la forma de su constitución.

Artículo 69: Garantiza la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres en el ámbito familiar. Señala que ambos progenitores tienen la obligación compartida de cuidar, criar y educar a sus hijos.

Artículo 45: Establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y garantizarán el ejercicio de sus derechos.

Código Civil

Artículo 106: Establece que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre conjuntamente, en igualdad de condiciones. Ambos progenitores deben tomar decisiones sobre la educación, crianza y bienestar de sus hijos.

Artículo 108: Dispone que, en caso de separación, la patria potestad puede ser ejercida por cualquiera de los padres, o por ambos conjuntamente, de acuerdo a lo que más beneficie al menor.

Código de la Niñez y Adolescencia

Artículo 5: Establece el principio del interés superior del niño, que debe prevalecer en todas las decisiones que le afecten, incluyendo la custodia y tenencia.

Artículo 9: Garantiza el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, salvo si es contrario a su interés superior.

Artículo 11: Reitera la corresponsabilidad de ambos progenitores en la crianza y cuidado de los hijos, y la necesidad de garantizar su bienestar integral.

Artículo 67: Señala que, en los casos de separación de los padres, se preferirá la solución que mejor favorezca al niño, promoviendo acuerdos entre los padres sobre la custodia y el régimen de visitas.

Artículo 106: Establece que los acuerdos sobre custodia deben basarse en el principio del interés superior del niño, y deben garantizar la estabilidad emocional y el desarrollo integral del menor.

Jurisprudencia

Sentencia (No. 28-15-IN, 2021), Juez ponente Enrique Herrería Bonnet;

La Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador es uno de los avances más significativos en custodia compartida, en esta sentencia se debatió sobre la normativa vigente en la que la madre es quien recibe la custodia de los hijos menores de doce años, lo cual evidentemente se contrapone a los principios de equilibrio y responsabilidad parental.

Por supuesto, uno de los aspectos más importantes de esta sentencia es el reconocimiento de la primacía del interés superior del niño en relación con cualquier otro criterio durante las decisiones de custodia. La Corte ha encontrado las frases “la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, a menos que el interés superior del hijo o hija lo contrario” no conforme a la Constitución. Este dará lugar a la sentencia de la Corte de las expresiones del Código Civil no encajan en los marcos de la Carta Magna, lo cual es un dato importante. Tal dictamen de la corregir finalmente destaca que la custodia no debe depender de estereotipos de género; en cambio, debe depender directamente de la evaluación individual objetiva de lo que se considera más beneficioso para el niño.

Otro pilar importante de la argumentación de la Corte es el principio de igualdad y no discriminación. La Corte menciona que no se podrá cuestionar la capacidad que tiene el padre para poder cuidar y hacerse responsable de la custodia de sus hijos, se deberá ponderar las situaciones y solo si existen motivos que fundamenten y aseguren el mejor desarrollo de los menores serán los válidos para dar la custodia a sus progenitores. Además, la corte Constitucional apporto fortaleciendo el concepto de corresponsabilidad parental, argumentando en favor a la noción de que los padres deben de distribuir equitativamente sus deberes.

En nuestra opinión, la sentencia aborda de manera efectiva el aspecto del impacto psicológico y emocional en el niño cuando uno de los padres es sistemáticamente preferido al otro. Al poner a la madre en la parte superior, los niños pueden involucrarse en el proceso de alienación de padres, mientras que el niño y el padre se convertirán en extraños para el niño. La Corte pudo señalar que tal práctica no solo es desagradable, injusta para el padre, sino que puede ser perjudicial para el niño que necesita una buena relación con ambos padres y un tiempo de calidad continuo con cada uno de ellos.

Además, la Corte abordó la cuestión de la violencia vicaria, es decir, la forma en que el niño se convierte en un instrumento de infligir daño emocional al otro padre. Por lo tanto, la Corte en su análisis también proporciona el principio de protección del niño de todas las formas de manipulación y abuso psicológico. Partiendo de la posición de alinear los principios de igualdad y equidad en la custodia compartida, se puede minimizar la oportunidad de usar al niño como instrumento de venganza contra el padre.

En la decisión se declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han

cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.

Vacíos normativos de la custodia compartida en el Ecuador

Como tal la legislación ecuatoriana no reúne un criterio específico sobre la custodia compartida dejando en el aire un avance jurídico muy importante considerando, lo afirmado por los autores Murillo & Vázquez (2020) definen a la figura jurídica de la tenencia como:

Custodia o guarda a favor de los hijos menores de edad por su condición legal de incapacidad, ineludible al cuidado de uno de sus progenitores. Esto, va en conjunto con los atributos asociados a la patria potestad a razón de definir la convivencia con sus hijos y está sujeta al carácter provisional que se basa en la conducta del progenitor a cargo de la tenencia que en cualquier momento puede ser modificada.

Ecuador a través del marco jurídico garantista, asegura el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por ello, Gómez (2024) manifiesta que;

Dentro del sistema procesal están los medios alternativos de resolución de controversias conocidos como mecanismos que permiten llevar a cabo una resolución justa en otros marcos diferenciados, de carácter extrajudicial, como es la mediación alternativa de solución de conflictos utilizada en todas las materias transigibles apegadas a la ley.

Dentro de estas materias está el Derecho de Familia que asegura las relaciones armónicas entre los progenitores a favor de un tercero que son los niños, niñas y adolescentes, y en caso que no le satisfaga a uno de los padres esta la justicia ordinaria otro mecanismo que garantiza su debido cumplimiento, conforme la valoración de la sana crítica del juzgador.

(pág. 15)

La factibilidad de la implementación de la tenencia compartida en Ecuador

La incorporación de la tenencia compartida como figura legal en la legislación ecuatoriana es un gran avance hacia la equidad de género y la protección de los derechos de los niños, Penco (2022, pág. 32) señala que “este modelo promueve la corresponsabilidad parental y asegura que ambos progenitores participen activamente en la vida de sus hijos, beneficiando así el desarrollo integral de los menores”.

La tenencia compartida ayuda a reducir los problemas que genera un divorcio ya que mezcla un entorno de cooperación mutua en donde el dialogo disminuye el impacto emocional que tienen los hijos. Esta visión ayuda de gran manera a la responsabilidad parental y se alinea con los estándares internacionales en materia de niñez garantizando su bienestar y manteniéndolo en relación habitual con ambos padres, podríamos decir que esta contribución también se alinea con los intereses de un Estado que promulga el Sumak Kawsay o buen vivir.

La tenencia compartida desde la legislación comparada

Chile

En Chile, la custodia compartida está regulada por el artículo 225 de la Ley de Tuición Compartida No. 20680. Esta ley establece dos tipos de cuidado personal para los hijos de hogares fragmentados: el cuidado personal ejercido por uno de los progenitores, y el cuidado personal compartido. En el primer caso, el progenitor que no tiene la tuición mantiene una relación directa y regular con el menor a través de la patria potestad. El cuidado personal compartido, por otro lado, fomenta la corresponsabilidad entre los progenitores, generando mayor estabilidad en la crianza, cuidado y educación del niño.

Colombia

En Colombia, la custodia compartida está contemplada en el Código de la Infancia y la Adolescencia (2006), aunque no está formalmente normalizada en la Constitución Política. La custodia compartida puede ser otorgada por los juzgadores de Niñez a ambos padres, siempre que se demuestre la capacidad de proporcionar un entorno amoroso y estable para el niño. La custodia compartida en Colombia garantiza el desarrollo integral de los niños, permitiendo la participación equitativa de ambos padres en su crianza y cuidado.

Análisis Comparativo

Al estudiar ambos países vemos que adoptan una posición familiar equitativa para los padres en donde se superan estereotipos de género. En ambos países se respeta el derecho de los niños y adolescentes a pesar de diferir en la manifestación de la institución legal. Podemos reconocer que Chile manifiesta la custodia compartida en una ley especial mientras que en Colombia se manifiesta en mecanismos conciliatorios o en jurisprudencia.

Elementos Comunes y Diferenciadores

Lo que diferencia a estos países en la custodia compartida es que Chile se rige por código civil mientras que Colombia depende de las decisiones conciliatorias en los conflictos de custodia, esto obviamente sin dejar de lado que ambos aseguran los derechos de los niños y su desarrollo integral.

Resultados

Los resultados obtenidos en esta investigación nos demuestran que en Ecuador la custodia compartida carece de un marco regulador claro, y establece una clara preferencia por la custodia de la madre lo que va en contra de los principios de igualdad y corresponsabilidad parental. Cedeño Cobeña y demás investigadores explicaron que esto corresponde a una

manifestación de discriminación que se encuentra en estereotipos de género y roles de género por la sociedad que impide la oportunidad de corresponder a sus hijos.

Nuestra investigación hace hincapié en como la custodia compartida tiene beneficios emocionales y psicológicos para los hijos después de un divorcio, Chávez 2020; Castellanos 2019, mencionan que esta oportunidad proporciona mayor estabilidad y crea lazos significativos. Los resultados obtenidos demuestran de igual forma que si ambos padres participan en la vida de sus hijos estos disfrutarán de un desarrollo equilibrado y de más espacios de amor y cariño. No obstante, en Ecuador se demostró que existen vacíos que confrontan la posibilidad de que se tenga una custodia compartida, la ausencia de un marco normativo riguroso y la falta de directrices no ayudan al desarrollo normativo.

Mientras que vemos que en Chile y Colombia sus legislaciones y jurisprudencias van en camino a fomentar la corresponsabilidad efectiva, en Ecuador no existen avances significativos Condezo, 2024 reconoce que tienen que ser tomados como ejemplo. Molina dice que esto se debe también a obstáculos culturales y sociales, rodeados de estereotipos lo cual dificulta una concepción efectiva de la custodia compartida en Ecuador.

La jurisprudencia ecuatoriana en este caso la Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional de Ecuador es uno de los avances más relevantes en los que estereotipos de género se eliminan, esta sentencia invalida que sea la madre quien tenga la custodia de los menores de 12 años automáticamente.

Los resultados de este estudio subrayan la urgencia de hacer una reforma legal en el país para incluir la custodia compartida como una opción viable y deseable, respetando los derechos de ambos padres y, sobre todo, los derechos de los niños a su desarrollo equilibrado. De llevarse

a cabo esta iniciativa, habrá que prever mecanismos fuera de toda duda que hagan de canal para el entendimiento mutuo entre los progenitores, salvaguardando ante todo el bienestar del menor; en suma, se deben crear las condiciones para que ambos padres compartan por igual tanto en derecho como en hecho las responsabilidades que les incumben como padres.

Conclusión

Esta investigación concluye que en Ecuador la custodia compartida es viable siempre y cuando se realicen los cambios necesarios. Como anteriormente se demostró la custodia compartida favorece el desarrollo integral de los niños y la equidad entre los progenitores, permite que los menores puedan mantener relaciones afectivas significativas con ambos padres, relacionándose directamente con los principios de corresponsabilidad ofreciendo un marco más justo en comparación con la custodia unilateral que es la que se lleva actualmente en el Ecuador.

La custodia compartida es factible en Ecuador, siempre que se realicen las modificaciones legales que acompañen a la cultura, a pesar de que la legislación actual favorezca a la madre, la revisión de normativa extranjera al igual que el análisis jurisprudencial demuestra que existen bases sólidas para integrar la custodia compartida como una opción en procesos de divorcio.

Se concluye que este modelo contribuye positivamente al desarrollo emocional y psicológico de los menores. La custodia compartida facilita la creación de un entorno más estable y seguro para los niños, al permitirles mantener una relación cercana y continua con ambos padres. No obstante, el impacto pleno de esta modalidad requiere de un cambio en la percepción social y la implementación de políticas públicas que apoyen y promuevan la corresponsabilidad parental.

Referencias

- Abril Pérez, C., & Báez Figueredo, G. C. (2023). Revisión de literatura del Síndrome de Alienación Parental en los procesos de divorcio y custodia en países de Latinoamérica. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/25521>
- Becerril Ruiz, D., & García Moreno, J. M. (2020). La relación entre reformas legales y la asignación de la custodia compartida en España. DOI: <https://doi.org/10.21308/recp.53.05>
- Becerril-Ruiz, D., Jiménez-Cabello, J., & García-Moreno, J. M. (2021). Asignación de la custodia tras el divorcio. Diferencias y similitudes en el caso de disoluciones de parejas heterosexuales y homosexuales. REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, (176), 79-99. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/27093812>
- Castellanos, G. (2019). La custodia compartida, ¿La mejor opción para los niños? (sitio web Revista Familia). Obtenido de: <https://www.revistafamilia.ec/padres-e-hijos/custodia-compartida-mejor-opcion-ninos.html>
- Cedeño-Cobeña, J. A. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. Polo Del Conocimiento, 7(4), 930–954. Recuperado de: <https://doi.org/10.23857/pc.v7i4.3867>
- Chávez-Castillo, J. E. (2020). Incidencia de los principios constitucionales de desarrollo integral del menor en condición de custodia compartida. Dominio de las Ciencias, 6(3), 84-99. Recuperado de: <https://doi.org/10.23857/dc.v6i3.1386>

Código civil ecuatoriano. <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-CivilI.pdf>

Código de la niñez y adolescencia. <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>

Condezo Ojeda, H. H. (2024). Eficacia de la tenencia compartida y su relación con la omisión a la asistencia familiar, Chaclacayo Lima 2023. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.14067/9237>

Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. Revista Chilena de Derecho Privado, (10), 9-37. <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/330>

Lud, A., & Gallazi, M. (2019). La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina. In Enciclopedia de Paz y Conflictos (Vol. 1). www.unicef.org/lac

Machado-López, L., Cedeño-Floril, M. P., González-Aguilar, B. B., & Castillo-Moreno, J. L. (2024). El derecho a la tenencia de hijos y la desigualdad de género en el Ecuador. Revista Científica Episteme & Praxis, 2(2), 73-82. Recuperado de: <https://doi.org/10.62451/rep.v2i2.53>

Mera Gómez, M. J. (2024). Tenencia compartida frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano (Master's thesis, Quito: Universidad Tecnológica Indoamérica). Recuperado de: <https://repositorio.uti.edu.ec/handle/123456789/6515>

- Molina, A. C. G. (2021). La custodia compartida en las relaciones familiares en conflicto. *Ius vocatio*, 4(4), 73-98. Recuperado de: <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v4i4.542>
- Murillo, C. P., & Vázquez, J. L. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria)*. ISSN : 2588-090X . Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP), 5(3), 637-667. Recuperado de: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.254>
- Murillo-Céleri, C. P., & Vázquez-Calle, J. L. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de La Investigación y Publicación En Ciencias Administrativas, Económicas y Contables)*. ISSN: 2588-090X. Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP), 5(3), 637–667. Recuperado de: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.254>
- Novales, A. (2022). Desigualdad: una revisión actualizada. *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Recuperado de: <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/557b3038-aa79-4ea9-bfac-686c0642d230/content>
- Observación general No 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 1 (2013). Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- Penco, A. A. (2022). La custodia compartida de los hijos menores tras la separación y el divorcio: implantación, avatares legislativos y evolución jurisprudencial de los aspectos

fundamentales del régimen vigente en España. Revista de dreptul familieii, (1), 27-48.

Recuperado de:

<https://openurl.ebsco.com/contentitem/gcd:158982876?sid=ebsco:plink:crawler&id=ebsco:gcd:158982876>

Posso, A. A. C., Suárez, A. D. C., & Valencia, D. X. C. (2024). Visitas y relaciones parentales: garantizando el derecho de los menores a mantener vínculos con ambos padres. Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores. Recuperado de:

<https://doi.org/10.46377/dilemas.v11i3.4252>

Ramírez, L. G., Sanabria, J. A., Zavala, J. J. A., & Ysea, F. C. (2019). Educación para la ciudadanía y la democracia: El equilibrio del poder. Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas, 4(6), 71–89. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7049438>

Rodríguez Salcedo, E. del R., Cáceres Sánchez, N. N., Agudo Durán, J. A., Mesías Vinana, J. A., & Villafuerte Maisa, A. S. (2022). Patria Potestad y Corresponsabilidad Parental: Un Acercamiento a la Tenencia Compartida en Ecuador. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos, 1(14), 202-209. Recuperado de:

<https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2706/2664>

Sentencia (No. 28-15-IN, 2021). Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/>

Silva, D. I., & Márquez, M. A. (2022). La inserción de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana como un restablecimiento del derecho a la igualdad de los progenitores

[Universidad Católica de Cuenca.]. Recuperado de:

<https://dspace.ucacue.edu.ec/handle/ucacue/12405>

Tamayo-Haya, Silvia. 2008. «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia»,

Revista de Derecho de Familia, 41: 35-79. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2801993>

Torres Tenorio, M. (2024). Alternativas de mediación psicológica para la coparentalidad en proceso de divorcio y determinación de Custodia. Recuperado de:

<https://www.reincisol.com/ojs/index.php/reincisol/article/download/168/318/727>

Valderrama Hernández, R., Campos Azuara, A., Vera Ramírez, J., & Castelán Rojas, G. P.

(2009). Consejo Nacional para la Enseñanza en Psicología. Enseñanza e Investigación En

Psicología, 14(1), 61–76. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29213107>