



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MECANISMO EFICAZ DE
PROTECCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE LAS NIÑAS Y NIÑOS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía

Dr. Edison Alonso Fonseca Garcés

Autora

Vanessa Cristina Villacís Carrera

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Edison Alonso Fonseca Garcés

Doctor en Jurisprudencia

C.C. 060277007-5

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Fausto Alberto Albuja Guarderas

Abogado

C.C. 171488379-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Vanessa Cristina Villacís Carrera
C.C. 1718316332

AGRADECIMIENTO

Y después de este largo camino solo quiero agradecer a mi hermana del alma. Gracias infinitas por compartir esos sueños cósmicos, tantas aventuras y lecciones de vida. Gran parte de la culminación de esta meta te la debo a ti. Jamás dejes de inspirar, "Es muss sein".

DEDICATORIA

A mi hermana, mi mamá y mi papá.
Por siempre creer en todo lo que soy y pienso. La vida me ha bendecido con ustedes en este existir. Esto es por todo el amor, paciencia, respeto y dicha que me han enseñado.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar que la implementación de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico puede resguardar y garantizar la protección al interés superior de la niñez. A lo largo de este ensayo se analizará la problemática de la figura actual que regula la custodia de los niños y niñas a través del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales dos y cuatro, el cual establece específicamente que, la custodia de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, o en caso de que ambos progenitores demuestren iguales condiciones se preferirá a la madre. Es interesante saber que la regla de preferencia materna data del año de 1860. Desde mi opinión nos enfrentamos a la vulneración de varios derechos, tales como el principio de igualdad, puesto que se impone roles paternalistas tradicionales a la mujer por ser capaz de concebir, lo que genera un menoscabo a la corresponsabilidad paternal y maternal que se encuentra reconocida en el marco constitucional. Por otro lado, de acuerdo a varios estudios psicológicos, se ha considerado que la custodia compartida es mejor que la custodia monoparental porque según los resultados, los niños de parejas monoparentales presentaban más dificultades que los niños que vivían bajo la figura de la custodia compartida. Mediante las estadísticas y resultados analizados bajo la regulación de la custodia monoparental en el país, es posible considerar que la situación actual de las parejas es el doble de inestable que antes, la cantidad de hijos e hijas concebidos se mantiene, y la violencia es parte del crecimiento de las niñas y niños, lo cual podría llevarnos a la conclusión que si existen más divorcios se está afectando el interés superior de muchos más niños y niñas. Finalmente es importante aplicar la psicología jurídica para enfocar la problemática social frente a la normativa, para obtener una orientación correcta sobre cómo deben entenderse y defenderse los derechos de las personas.

Palabras clave: Niñez, custodia compartida, interés superior, vulneración, psicología jurídica.

ABSTRACT

This paper wants to demonstrate that the implementation of Shared custody in our legal system can safeguard and guarantee the principle of superior interest of childhood. The Essay analyzes the problem of the current figure that regulates custody Of children. In the article 106 of the Code of Adolescence, numbers two and four, it specifically states that, "The custody of those who have not reached the age of 12 years will be given to the mother, or "If both parents demonstrate the same conditions, the mother will have preference ". It is interesting to know that this rule of maternal preference dates from 1860. In my opinion, we are facing the violation of several Rights, like the principle of equality, which imposes traditional patronizing roles because women can conceive, so it causes impairment to the parental and maternal co-responsibility, recognized on our constitution. On the other hand, according to several Psychological studies, it has been considered that shared custody is better than single-parent custody, which according to the results, children of couples Single-parent families presented more difficulties than children living under Figure of shared custody. Through statistics and results analyzed under the regulation of single-parent custody in the country, it is possible to consider that couple's current situation is twice as unstable as before; Sons and daughters conceived number is in the same range for the last 10 years, and violence is part of the growth of girls and boys; so it can lead to Conclusion that if there are more divorces, the principle superior interest of children is been affected. Finally it is important to apply Juridical Psychology to approach the social problematic before issued the normative, to obtain a correct orientation on how we have to understand and defend People's rights.

Keywords: Childhood, shared custody, superior interest, breach, Juridical Psychology.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	4
1.1. Necesidad de regular la figura de custodia compartida en el Ecuador.....	4
1.2. Normativa actual.....	6
1.3. Conflicto técnico-normativo de la realidad ecuatoriana.....	9
1.4. Principio del interés superior de las niñas y niños.....	10
1.5. Evolución histórica de la protección de los intereses de los niños y niñas.....	12
1.6. Detrás del contenido del Principio del Interés Superior de los niños y niñas.....	14
1.7. Las niñas y niños como sujetos de derechos en el Ecuador y Latinoamérica.....	15
2. APORTE DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA PARA LA COMPRENSIÓN DE LA FIGURA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	18
2.1. Psicología Jurídica	18
2.2. Psicología jurídica aplicada a la Custodia Monoparental, art. 106.....	19
2.3. Psicología jurídica aplicada a la Custodia Compartida.....	21
2.4. ¿Por qué se debe implementar la figura de la Custodia Compartida en el Ecuador?.....	23
2.5. Indicadores de lo que sucede en las familias ecuatorianas.....	24
2.6. Custodia mono-parental VS. Custodia compartida.....	30
2.7. Desafíos pendientes en el Ecuador para alcanzar el cumplimiento del principio del interés superior de las niñas y niños	32

3. BALANCE JURÍDICO TÉCNICO EN EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL	35
3.1. Protección de las niñas y niños en instrumentos internacionales	35
3.2. Resultados de la Custodia Compartida a nivel internacional.....	37
3.3. Acción pública de inconstitucionalidad de la normativa	39
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN	44
REFERENCIAS	47

INTRODUCCIÓN

De acuerdo al artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia se define a la patria potestad no solamente como el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Asamblea Nacional, 2010) Es decir que son todas las responsabilidades de los padres, relativos a los hijos e hijas que mantienen bajo su cuidado. El título III del mismo cuerpo normativo regula la tenencia o custodia de las niñas y niños. La tenencia o custodia son los derechos y responsabilidades de los padres de tomar decisiones sobre el cuidado y la crianza de sus hijas e hijos. (Cabrera Vélez, 2008) Según el artículo 118 cuando el Juez estime lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

En consecuencia, los numerales 2 y 4 establecen que la custodia de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, o en caso de que ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija. Por lo tanto, nuestra legislación contempla la figura de custodia monoparental. La custodia monoparental es cuando se confiere a uno de los padres la tenencia física de sus hijos e hijas con el objetivo de cuidarlo, asistirlo y convivir con él o ella, mientras que el otro padre debe adaptarse a un régimen de visitas. (Cillero Bruñol, 2010)

En cambio la custodia compartida de acuerdo a la autora Carlucci, se define como una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración con el objeto de facilitar a los hijos e hijas comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de

forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos. (Carlucci, 2012)

Actualmente en el Ecuador la custodia se la otorga a un solo progenitor, mientras que el otro está limitado a un régimen de visitas. Esta figura se denomina como **custodia mono-parental**. Se han realizado varios estudios psicológicos y sociales, en los cuales, concluyeron que las niñas y niños que han vivido bajo esta figura presentan varios problemas psicológicos y otros trastornos, a diferencia de los que viven bajo la figura de la custodia compartida. El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en sus numerales dos y cuatro, establece que la custodia compartida de los niños y niñas menores de doce años se les otorgará a las madres, así los padres estén en igualdad de condiciones, la mujer es la que debe estar a cargo de sus hijas e hijos. Más allá de concebir la idea de que el niño o niña deba quedarse siempre con la madre, es la implementación de una norma basada en el paternalismo tradicional que regula temas de infancia en esta sociedad.

Debemos tomar en cuenta que el derecho también es dinámico y debe avanzar conforme el tiempo, circunstancias y personas. Por lo que los legisladores, juristas y jueces más allá del desempeño de la actividad jurisdiccional se debería analizar que la norma no se adapta totalmente a las condiciones socio-económicas y culturales del medio nacional. En el país todavía se regula la custodia compartida bajo la custodia mono-parental pero esta se contradice en muchas situaciones con la finalidad de verdadera protección a las niñas y niños. Nuestra Constitución busca eliminar todas las formas de discriminación ya sea contra hombres o mujeres, y protección a las niñas y niños en todas las situaciones y poder lograr la igualdad de género, el desarrollo de las personas y en especial la protección a este grupo altamente vulnerable.

Dentro del entorno se debe apreciar que la sociedad ha evolucionado, conjuntamente con los roles que desempeñaban hombres y mujeres. Se ha visto que el interés superior de las niñas y niños se creó por la desprotección y

vulneración que han vivido ante el autoritarismo de los padres, la sociedad y el Estado. Por tomar en cuenta razones que serán descritas en el presente ensayo, la custodia compartida parece ser un mecanismo adecuado para establecer un justo equilibrio entre las demandas culturales y sociales del Ecuador, y la composición parental que es al fin y al cabo el núcleo básico de la sociedad.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Necesidad de regular la figura de custodia compartida en el Ecuador.

La implementación de la figura de la custodia compartida dentro de nuestro ordenamiento jurídico podría respaldar los derechos constitucionales y fundamentales de la niñez y la familia en general, que se han visto vulnerados bajo la figura de la custodia monoparental.

Desde esta perspectiva hay que considerar el estudio que realizó el Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en el año 2006, para determinar la calificación sobre el cumplimiento de los derechos en la niñez dentro del país, el cual tuvo como resultado un 5,9 sobre 10. La encuesta realizada a los propios niños, niñas y adolescentes de 5 a 17 años, reveló que “la mitad ha sufrido malos tratos de sus padres, incluyendo castigo físico y además la mitad de las madres con hijos menores de 18 años aceptaron que sus hijos e hijas reciben castigos físicos como bofetadas, golpes o tirones del cabello. La evidencia que existe muestra además que, en el país, durante el periodo de la niñez los que más castigos reciben son los niños y niñas”. (Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006) Es aceptable que en nuestra sociedad existan relaciones mal-tratantes, lo cual podría llevarnos a la conclusión que muchos de esos casos estén bajo la regulación de la custodia monoparental y en caso de ser cierto los derechos de las niñas y niños están siendo vulnerados.

La custodia monoparental ha violado el principio de igualdad al conferir la custodia de los hijos e hijas a la madre por sobre el padre, porque todas las personas son iguales; tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1984). No existe justificación alguna para distinguir a los padres de las madres en el ejercicio de sus derechos y obligaciones para conferir la patria potestad y la custodia de sus hijas e hijos.

El artículo 69 de la Constitución del Ecuador señala que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia se promoverá la maternidad y paternidad responsable, y además El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (Constitución del Ecuador, 2008) La corresponsabilidad materna y paterna se contradice con lo escrito en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Además existe un rol pre-determinado y estereotipado de la mujer respecto de la maternidad. Se puede observar en la dicho artículo que no se reconoce la paternidad como función social, netamente está implícito el rol reproductivo de las mujeres. Esto es causa del paternalismo tradicional. Antes el papel de la madre se consideraba más importante para el desarrollo de los hijos puesto que era sumamente difícil para una mujer acceder al campo laboral, a diferencia del padre el cual estaba desvalorizado para las cuestiones de crianza y distanciado por cuestiones laborales. (Cantón Duarte, Cortés Arboleda, & Justicia Díaz, 2013)

Respecto de lo indicado en la demanda del caso No. 0028-15IN presentado en la Corte Constitucional, el cual se analizará más adelante, se afirma que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia son contrarios al Principio del Interés Superior de las niñas y niños porque no asegura la efectiva realización de sus derechos, pues menoscaba el derecho a la opinión del niño, el derecho a la identidad del niño y el derecho a la preservación del entorno familiar. (ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS NORMATIVOS, 2015)

Es así que la custodia compartida en el Ecuador llegaría a ser un medio que respalde los derechos constitucionales y fundamentales que se han vulnerado, al ejercer la tenencia y cuidado conjunto de las responsabilidades, de forma equitativa y justa, que les corresponden a los padres sobre los hijos e

hijas. Para garantizar el goce efectivo de los derechos que le pertenecen a cada miembro.

1.2. Normativa actual.

Dentro del marco constitucional la Constitución actual del Ecuador tiene específicamente un capítulo referente a la protección de los niños. En el capítulo tercero, sección quinta, el artículo 35 establece que: *“las niñas y niños, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. [...] El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”*. Más adelante el artículo 44 señala 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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”*. (Constitución del Ecuador, 2008) Es decir que reconoce que las niñas y niños son un grupo altamente vulnerable por lo que el Estado en todos los casos debe atender especialmente el desarrollo y protección de los derechos de los niños y niñas por sobre todas las situaciones.

También establece protección especial a los derechos de las personas integrantes de la familia. Frente a esto, el artículo 69 del mismo cuerpo normativo, en sus numerales 1,4 y 5 especifica que: *Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; 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. También El Estado protegerá a las*

madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. Y El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

En el nuevo Código Orgánico General de Procesos, el artículo 31, referente a la capacidad procesal, se precisa que: *Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos. Asimismo señala que para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.*

El artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia recalca lo dispuesto en la Constitución: *“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. 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.”* (Asamblea Nacional, 2010)

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, estipula que cuando el Juez estime lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. El artículo 106 a través de sus numerales 2 y 4 establece que la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, o en caso de que ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija. El numeral 2 señala que *a falta de acuerdo de los*

progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; y por otro lado el numeral cuatro agrega que *si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre.* Pero realmente nos encontramos frente a una situación discriminatoria, injusta e injustificable la cual denota claramente la inconstitucionalidad de la norma.

Vale la pena recalcar lo señalado por el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño el cual considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso. (Organización de las Naciones Unidas, 2014)

La figura de custodia compartida buscaría garantizar los derechos de las niñas y niños, en donde ambos padres puedan participar conjuntamente en el desarrollo de sus hijos dejando a un lado los problemas de pareja que tuvieron y puedan convivir con sus hijos sin egoísmos ni manipulaciones. Al mencionar egoísmo y manipulación vale la pena resaltar lo que señala el autor Néstor Sierra: “No es nada novedoso que una pareja con un gran conflicto y deseos de venganza para con su ex, tiene como arma el poder manipular a sus hijos contra el otro padre”. (Sierra Rincón, 2010)

Actualmente en Ecuador el tema de la custodia de los hijos se encuentra bajo la figura de la custodia mono-parental con reglamentación de visitas; el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, determina a la custodia mono-parental de la siguiente manera:

“Se entiende aquella que está compuesta por un solo miembro de la pareja progenitora (varón o mujer) y en la que los hijos, de forma prolongada, pierden el contacto con uno de los padres. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en esta materia, según demuestra las estadísticas, no ha habido grandes cambios. Entre un 80 y un 90% de los hogares mono-parentales tienen a la madre (biológica o adoptiva) como responsable (Cabanelas, 2006) Es por eso que determinadas situaciones dentro del entorno familiar que se encuentran reguladas bajo la figura de la custodia monoparental podría afectar el cumplimiento de protección al interés superior de las niñas y niños.

1.3. Conflicto técnico-normativo de la realidad ecuatoriana.

De esta forma, se puede observar claramente el conflicto técnico-normativo que parece existir entre el artículo actual del Código de la Niñez y Adolescencia y la Norma Suprema respecto del pleno ejercicio de protección integral de las niñas y niños.

Como se mencionó anteriormente, el que se aplique lo dispuesto en los numerales 2 y 4, vulnera el principio de igualdad, de corresponsabilidad maternal y paternal, discrimina e impone roles pre-determinados a las mujeres, limita los derechos de las niñas y niños, afecta el reconocimiento de la paternidad como función social y en general causa discordia en la armonía que debe tener la familia. Así que, al afectar a todos sus miembros, tenemos como resultado *“consecuencias negativas gravísimas sobre la cultura de los derechos y sobre la propia democracia”*. (Ávila & Corredore Ledesma, 2010)

Según la Observación No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité estableció que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la

responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso. (Organización de las Naciones Unidas, 2014)

Ahora bien, frecuentemente la reglamentación de visitas se da por un conflicto que existió entre la pareja, donde se castiga, en este caso, más a un padre que una madre con visitas cada semana o quince días sin tener la oportunidad de poder establecer un contacto físico y sentimental permanente con sus hijos. Lo cual resulta claro que esto también perjudica a las niñas y niños por no tener la misma relación con la madre o el padre que tiene la custodia monoparental. La calidad es un componente central de la equidad, por lo que se necesita de un ambiente el cual proteja y promueva el desarrollo tanto intelectual como emocional de las niñas y niños. En el país se toleran diversas formas de crianza violentas y en las relaciones interpersonales, como se explicó antes, en el hogar es donde más sucede esto.

Por lo tanto, la sociedad ecuatoriana tiene un largo camino para recorrer y admitir que el cumplimiento de los derechos fundamentales de las niñas y niños no es una mera cuestión de cubrir “estándares mínimos”, se necesita observar todas las situaciones más los recursos reales y disponibles. (Eroles, Fazio, & Scandizzo, 2002). Es así que, es elemental que se evalúe de forma individualizada el interés superior del niño en cada caso concreto, pues las medidas de protección a adoptarse deben ser acorde con este principio. (ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS NORMATIVOS, 2015)

1.4. Principio del interés superior de las niñas y niños.

Al observar la historia de la lucha por proteger los intereses de los niños se puede concluir que ha sido una constante evolución influida por diversos factores, los cuales han logrado avanzar o retroceder diversas situaciones respecto de los derechos de este grupo altamente vulnerable. Desde un inicio

se tomó en cuenta los derechos de los niños pero netamente se los consideraba como un instrumento para el uso y goce de sus padres. Inglaterra y Francia comenzaron a aplicar el derecho de equidad sobre el derecho consuetudinario para reconocer jurídicamente sus intereses.

Más adelante el Estado logró que deje ser un asunto privado para comenzar a regularlo como un asunto público, es decir que se pueda reconocer a las niñas y niños como personas. (Galvis, 2006) Lastimosamente en América Latina se creó una legislación clara a partir de la implementación y aparición del principio del interés superior de las niñas y niños recién a inicios de este siglo. Esta tardía evolución ha sido resultado de la arbitrariedad causada por la indiferencia del Estado frente a diversas formas de abuso público y privado a los niños dejándolos totalmente desprotegidos.

Como alega Miguel Cillero Bruñol, los derechos de los niños han evolucionado conjuntamente con su reconocimiento, haciendo que esa construcción jurídica logre un importante grado de desarrollo para que sean vistos como personas y así ejerzan mecanismos eficaces que preserven su protección igualitaria y puedan oponerse frente a la vulneración de sus derechos. El principio del interés superior de los niños no surgió para inspirar a las autoridades del ejercicio de sus decisiones, este principio busca ser una limitación, obligación y prescripción del carácter imperativo de las autoridades. Por lo tanto "Se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia". (Cillero Bruñol, 2010)

Observando detalladamente, el principio del interés superior del niño surgió ante las deficiencias que existieron anteriormente pero que todavía perduran en la actualidad, es por ello que la custodia compartida es una figura distinta para esta sociedad actual que se está desprendiendo de los roles tradicionales antes regulados.

1.5. Evolución histórica de la protección de los intereses de los niños y niñas

Como punto de partida de carácter histórico la idea de la protección integral surgió en la Carta de Ginebra de 1924 aprobada por la Sociedad de las Naciones. Desde un inicio esta concepción se refería a la forma en la que el Estado debía priorizar el interés hacia los niños y niñas que se encontraban en circunstancias de riesgo o abandono. (Carmona, 2005) La protección integral de los derechos de los niños se divide en dos etapas evidentes dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos que se crearon de acuerdo a la época y sus necesidades sociales.

En la primera etapa se puede observar que la protección era especial porque estaba dirigida a las niñas y niños que se encontraban en una situación irregular ya sea por abandono de su familia o descuido de la sociedad. Se podría decir que esta etapa se caracterizó por la no intervención estatal y respeto excesivo al espacio privado de familia y comandado por el padre “como jefe único de la unidad doméstica” y por la indiferencia de la sociedad como “agentes responsables del bienestar de la familia”. Esto se aplicó desde la Carta de Ginebra en 1924 hasta 1989 que se aprobó la Convención de los Derechos del Niño. (Galvis, 2006)

La evolución de esta definición se consolidó gracias a la liberación de la mujer y la creación de las primeras organizaciones sociales las cuales se comprometieron a garantizar la protección de las niñas, niños y adolescentes; sin embargo la evolución de la conciencia social respecto de los problemas e injusticias que vivían las niñas y niños fue la que concertó la responsabilidad y compromiso de proteger a la niñez al entender que este es un grupo altamente vulnerable.

La segunda etapa surge con la Declaración de los Derechos del Niño el 24 de noviembre de 1959 pero esta es aceptada formalmente en la convención que aprobó la Cumbre de las Naciones Unidas por la Infancia 30 años más tarde.

La protección a la niñez se vuelve un principio integral, base de los derechos de las niñas y niños en los mandatos establecidos por el Estado, la sociedad y la familia para el fiel cumplimiento y ejercicio de los mismos. (Galvis, 2006)

Por consiguiente la protección integral a la niñez tiene un referente y un propósito, es decir un por qué y para qué. El propósito claramente es que las niñas y niños puedan gozar una infancia plenamente feliz, desarrollen correctamente su personalidad, y vivan en un ambiente de amor y comprensión. Mientras que el referente es la obligación que tiene el Estado de proteger y garantizar la realización de todos los derechos planteados para las niñas y niños ante las injusticias vividas anteriormente. (Salinas Beristáin, 2002)

Para Ligia Galvis Ortiz la protección integral “es un modo de gestión pública para hacer efectiva la perspectiva de los derechos y así cumplir con las obligaciones emanadas de los compromisos nacionales e internacionales adquiridos por los Estados y la función que tienen los padres como una facultad regida por la patria potestad y las normas relativas a las obligaciones de los padres para con los hijos”. (Galvis, 2006) En cambio Miguel Cillero Bruñol establece que es una base primordial para el ejercicio de sus derechos y atribuciones, no por ser una concepción valorada como especial a nivel social, sino porque los derechos de los niños deben ser respetados y no vulnerados para que ellos puedan ejercer sus derechos y autonomía antes que se tomen medidas que no han aceptado. (Cillero Bruñol, 2010)

Por lo tanto, después de este proceso reflexivo teórico y normativo que el umbral de protección de la niñez ha tenido que atavesar, surgió la necesidad de crear este principio para reiterar los derechos humanos fundamentales que se reconocen a este grupo altamente vulnerable, para un correcto desempeño del ejercicio de los derechos que reconoce el Estado y la deuda que la sociedad tiene frente a esto.

1.6. Detrás del contenido del Principio del Interés Superior de los niños y niñas

La lucha por proteger los intereses de las niñas y niños, como se ha observado, ha pasado por varias etapas puesto que los intereses de este grupo eran netamente un asunto de índole privada el cual estaba lejos de la regulación pública porque los niños eran considerados como un “objeto” perteneciente a sus padres, por eso los niños se encontraron ante la necesidad que se les reconociera su calidad de personas. Desde un inicio el principio no se vio expresado literalmente, pero estaba intrínseco de forma indirecta en varios instrumentos jurídicos de la época. Antes a la niñez se lo veía como un objeto de protección, la regulación para este grupo vulnerable únicamente estaba dirigida para cuestiones relacionadas con la custodia. (Ávila & Corredores Ledesma, 2010)

Además, surgió una nueva concepción la cual reconocía a los niños como sujetos de derechos, sustentada en la capacidad de participación del niño para que pueda expresar su opinión en todos los asuntos que le puedan afectar para que pueda ejercer el derecho a la protección de su propio interés y en el principio de no discriminación, para que, sin importar las circunstancias o la persona se aplique de igual manera para todos. (Ávila & Corredores Ledesma, 2010)

En la Convención de los Derechos del Niño se especifica que cuando el niño pueda “intervenir en precisar qué es lo que quiere para beneficio de su propio interés”, las instituciones públicas y privadas de bienestar social ya sea tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos deberán adoptar cualquier medida para que se considere primordialmente lo mejor y lo que el niño o la niña quiera. Es decir que el principio del interés superior de los niños, como lo expresa el autor Philip Alston, “*quede consagrado como un valor jurídico que constituye el referente ineludible a la hora de interpretar y aplicar el conjunto de derechos regulados en la Convención*”. (Alston, 1994)

Aunque también para el ejercicio de estos derechos fundamentales de protección a la niñez, ha sido imprescindible delimitar las facultades que el Estado ha tenido para intervenir en asuntos de la infancia, porque después del comienzo de su intervención, se vieron obligados a regular distintas maneras de abuso público que existieron, más que nada, por la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. (Cillero, 1994)

Básicamente como menciona Cillero, el fondo esencial de este principio es limitar el paternalismo estatal y orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados, (Cillero Bruñol, 2010) es decir que el Estado proporcione soluciones humanamente razonables para los niños, sin tener que intervenir totalmente en asuntos de índole familiar puesto que ante una situación difícil se debe observar más allá de la norma para no vulnerar y garantizar la protección total a este grupo altamente vulnerable.

En resumen, este principio realmente fue creado para ser un mecanismo eficaz de oposición sobre el poder abusivo, amenazas y vulneración por parte de los adultos y la intervención estatal hacia los niños, para que exista una verdadera protección igualitaria entre todos, reconociéndolos como humanos, sujetos de derechos y se imponga un límite a las personas adultas en relación con los niños y niñas.

1.7. Las niñas y niños como sujetos de derechos en el Ecuador y Latinoamérica.

En el año de 1990 el Ecuador suscribió la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989. Ante esto, el Estado ecuatoriano se comprometió a adoptar todas las medidas necesarias ya sean legislativas, jurídicas, administrativas o

de cualquier otro tipo, para cumplir con los derechos reconocidos en la Convención.

El ser un sujeto de derechos, según el Observatorio de los derechos de la niñez y adolescencia, es tener garantías y obligaciones en igualdad de condiciones que los otros miembros de la sociedad. *“La ciudadanía para un niño o niña, no es únicamente un conjunto de definiciones legales, ser ciudadano implica que los ecuatorianos y ecuatorianas, de todas las edades y orígenes, veamos a los niños, niñas y jóvenes como co-ciudadanos, como personas cuya contribución personal es apreciada y estimulada en todos los ámbitos de nuestra sociedad”*. (Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006). Es decir que exista participación y expresión de las niñas y niños, se reconozcan y respeten sus derechos.

Si se realiza una breve comparación sobre cómo se reconocía a la niñez un siglo atrás, notablemente es un cambio radical puesto que la visión de los niños y niñas se la concebía como “una etapa transitoria en la cual el niño o niña debía no solo crecer sino “formarse” antes de adquirir las prerrogativas del mundo adulto... la niñez constituía un mundo aparte, muchas veces aislado, cuya comunicación con los adultos era mediada por la autoridad y la disciplina... Los adultos controlaban el acceso a la información y las relaciones de los niños; transmitiendo sus valores y visión del mundo a las nuevas generaciones”. (Gavilanes Reyes, 2008) Mientras que en la actualidad, el que las niñas y niños sean sujetos de derechos, implica el reconocimiento y respeto de sus competencias, voz, capacidad de decisión, potencial creativo y energía para participar en la vida social, al igual que el resto de ciudadanos. (Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006) Pero del papel a la realidad, este reconocimiento de derechos en varias ocasiones no resulta o termina como una norma insuficiente.

En Sudamérica los derechos reconocidos a las niñas y niños son asiduamente transgredidos. Dentro de la práctica todavía perduran las legislaciones ambiguas para la realidad actual, las cuales además de ser confusas, muchas

veces son contrarias a los derechos reconocidos en la Convención y las nuevas necesidades de este siglo. Una gran explicación referente a esto es el relativismo cultural que afecta la protección de la niñez como derecho humano básico. En la cultura Latinoamericana creían que los niños eran incapaces de sobrevivir sin los adultos, por lo cual no se los podía considerar jurídicamente capaces, ni como sujetos de derechos humanos.

Como explica Emilio García Méndez la categoría de la niñez en la región Sudamericana es el resultado de un proceso de descubrimiento-invencción, que ha durado varios siglos. Recién en el siglo actual en América Latina ha crecido una fortaleza y coherencia en el marco de una nueva cultura de respeto por las niñas y niños al no ser “adultos”. Cuando mayoría de los países latinoamericanos se suscribieron a la Convención de los Derechos del Niño, cada uno de los países tuvo que obligadamente estudiar, analizar y transformar todo lo relacionado con la niñez, dando un giro de 180 grados para incluirlos en igualdad de condiciones con los adultos. (Salinas Beristáin, 2002)

El camino hacia el cumplimiento de las normas respecto del principio del interés superior de los niños debe ser estructurado y dirigido a la sociedad para que todos realmente respetemos su voz, su opinión y sus derechos fundamentales, los cuales se deben considerar de manera especial por su situación de vulnerabilidad.

2. APORTE DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA PARA LA COMPRENSIÓN DE LA FIGURA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

2.1. Psicología Jurídica

La psicología jurídica es una disciplina que despliega una especial tarea a instancias del ámbito jurídico dado que la misma se centra en el estudio del comportamiento y las conductas que presentan los actores jurídicos. Entiende en diversos aspectos, tales como el estudio, la explicación, la evaluación, la prevención, el asesoramiento y el tratamiento de fenómenos psicológicos y conductuales que inciden en el comportamiento legal de los individuos. (Definición ABC, 2010) Esta disciplina enfoca la problemática social frente a la normativa, proponiendo una orientación correcta sobre cómo deben entenderse y defenderse los derechos de las personas.

Por lo tanto, para aplicar la Psicología Jurídica en el Ecuador, debemos tener presente que el mundo está dividido en tres categorías: Mundo Occidental Capitalista, Mundo Oriental Socialista y el Tercer Mundo de los países en vías de desarrollo. Dentro de estas categorías, cada división es producto de la forma de luchar de los ciudadanos por sus derechos ante el sistema, ya sea por una lucha frente al estado o alguna situación del tipo religiosa. Aun así, el enfoque sobre desarrollo parece también haberse superado en cuanto a clasificar a los países y a sus poblaciones dentro de estas características.

Según el sociólogo estadounidense Immanuel Wallerstein en el sistema-mundo existe una división similar a la de las clases entre grupos de países a los que denominó «centrales», «semiperiféricos» y «periféricos». Los países centrales son aquellos industrializados, desarrollados y ricos, con una posición dominante en el sistema-mundo moderno. En cambio los países de la semiperiferia tienen niveles medios de riqueza, con cierta autonomía y diversidad económica. Y por último la situación de los países periféricos se podría establecer con la idea de que carecen de poder y son pobres. Porque su economía agrícola y minera es muy limitada. Dichas naciones proporcionan

a la semiperiferia y al centro materias primas, productos y mano de obra a bajo precio. (Wallerstein, 2011)

Aunque pueda seguirse el esquema propuesto sobre ciertas características en las categorías antes explicadas, la experiencia ecuatoriana podría rastrearse bajo la noción de país Tercermundista, puesto que claramente se observa que la normativa, doctrina y jurisprudencia carece de una estructura clara porque existen muchas necesidades sociales no cubiertas, tales como el hambre, pobreza, delincuencia, miseria, salud, entre otros. (Hernández, 2011)

Como indica Chinoy, la sociedad no podría existir si la gente no fuese capaz de predecir cómo van a actuar los demás, la sociedad ha elegido como primer agente socializador a la familia y en segundo término, la escuela; pues bien, se debe utilizar ambos para fomentar una cultura de paz y convivencia. (Hernández, 2011) De acuerdo a esto, la familia ofrece un aprendizaje de control interno al cual se debe establecer ciertos límites ya que es considerado como un grupo social restringido; y, también de control externo el cual representa un macro-grupo llamado sociedad producto de la cultura y sus necesidades sociales.

Así que, como señala Hernández, el objetivo principal de la psicología jurídica es centrarse en el estudio de la influencia del comportamiento social sobre el Derecho y la influencia del Derecho sobre el comportamiento para frenar los abusos de determinados grupos y los abusos del Estado contra sus ciudadanos, cultura, educación y democracia. (Hernández, 2011)

2.2. Psicología jurídica aplicada a la Custodia Monoparental, art. 106

Como se señaló el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que cuando el Juez estime lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. Los numerales 2 y 4 del

artículo 106 señalan que se deberá conferir la custodia de sus hijas e hijos solo a uno de los padres. Por lo que nuestro caso, de acuerdo a la normativa, es que se regule la tenencia de las niñas y niños bajo la figura de la custodia mono-parental con régimen de visitas.

Conforme se explica en la doctrina de protección de derechos del niño, para otorgar la tenencia a uno de los padres se deben considerar ciertos aspectos para obtenerla. Dentro del campo psicológico se puede establecer tres teorías para saber si la madre o padre custodio son idóneos para el cuidado y crianza de sus hijos. La primera se denomina la teoría de la personalidad en la cual se estudia el comportamiento que los padres demuestran ante sus hijos pero en verdad es de difícil aplicación, puesto que un Juez no es apto para determinar el comportamiento de la madre o padre solicitante. Este trabajo es una observación diaria del entorno en el que se desarrolla la familia.

Después sigue la teoría de la incidencia social, la cual explica la repercusión de carácter humano que pueda tener el niño o niña por el nuevo ambiente al cual está obligado. Pero cómo se puede saber si ese ambiente es idóneo para los hijos tomando en cuenta que la crianza “es un factor socializante y reproductor de conductas e ideologías socialmente aceptadas”. (Cabrera Vélez, 2008)

Por último está la teoría del entorno, para esto se debe analizar junto con quién convivirá en la misma casa, la habitación, materiales de cada uno de los padres después de la separación, en general el entorno que rodeará la crianza del niño o niña tomando el riesgo que termine siendo inadecuado.

Para una adecuada coherencia teórica jurídica, se espera que el “juzgador” se pronuncie sobre cada paso para que los niños y niñas no tengan que pasar por situaciones donde se vulneren sus derechos con las respectivas pruebas y su sana crítica. De acuerdo a lo que explica el autor Ojeda, el juez no es un psicólogo de profesión para escudriñar las motivaciones internas del niño o

niña que expresa una voluntad, en la mayoría de casos, posiblemente forzada. (Ojeda Martínez, 2008)

Por lo anterior, se puede concluir de forma provisional que la sola lógica jurídica es insuficiente para comprender y hacer eficaz una decisión judicial en materia de familia. Esta únicamente lleva hacia el análisis de elementos de pruebas existentes que abarcan la conducta de ambos padres en un pasado lejano y un futuro incierto, dejando este método como una sanción para los niños y que el resultado sea una decisión vacía sin utilidad alguna para el crecimiento familiar al punto de modificarse todo su sistema de vida. (Giberti, 2005)

2.3. Psicología jurídica aplicada a la Custodia Compartida.

Las niñas y niños, desgraciadamente están sometidos a conflictos entre hombres y mujeres. En muchos casos son usados por uno o ambos cónyuges como un medio para “herir” o “destruir” al otro u otra. Esto, al menos se evidencia en muchos casos dentro de la cultura ecuatoriana.

Como se sabe, la custodia compartida es que ambos padres tengan el poder de participar de manera conjunta en la crianza, desarrollo, penas, alegrías, juegos y demás aspectos relacionados con sus hijos, sin que medie egoísmo de parte de los progenitores. (Sierra Rincón, 2010) Algunos juristas califican a la custodia compartida como un mecanismo desfavorable, puesto que entienden que esto podría provocar una supuesta “dispersión en el proceso de formación del niño”, y rectifican que el mecanismo más idóneo para la tenencia es la custodia mono-parental porque la custodia compartida podría generar una presunta confusión de roles ya que obligaría al padre a cumplir también funciones “maternales” lo que daría como resultado un “factor disociante y contraproducente en la crianza del niño”. (Cabrera Vélez, 2008) Pero ¿Cómo un niño puede confundirse ante roles interpuestos por la misma sociedad? ¿Quién clasifica y decide cuáles son los roles maternales y paternales? Nos encontraríamos frente a una idea machista, discriminatoria y estereotipada.

Lo que realmente ocurre en nuestra cultura, es que frente a la custodia monoparental, a los niños muy frecuentemente les resulta complicado el tener que adaptarse a dos padres diferentes diariamente y ocasionalmente. La custodia compartida busca el bienestar, seguridad y protección de los derechos de los niños y niñas porque necesitan que ambos padres participen por igual en el desarrollo de su vida, caso contrario se estaría menoscabando sus derechos.

El interés superior de la niñez debe prevalecer sobre cualquier situación porque este grupo es doblemente vulnerable, puesto que se encuentran en una posición de desventaja para poder hacer efectivos sus derechos y libertades. Es decir que aun cuando los derechos, la libertad y la igualdad de las niñas y niños estén reconocidos en el propio ordenamiento jurídico la realidad es distinta, porque no están dadas las condiciones para que este grupo cuente con ese conjunto de garantías y libertades ofrecidas por el derecho por cual que requieren garantías reales que otorguen un ambiente saludable. (Llave & Rivas, 2014)

Se debe tomar en cuenta que desde el enfoque social y colectivo el principio del interés superior de las niñas y niños está limitado por las variables de tiempo y espacio, es decir esto depende de la sociedad y su momento histórico. (Giberti, 2005) Nuestras circunstancias, tiempo y espacio son la coparentalidad y “nuevas” tecnologías. La comunicación con la nueva forma de contacto a través de las TIC’s permiten crear sentimientos de “cercanía” y conexión. Sin embargo, esto puede ser tanto favorable como desfavorable, todo depende de la colaboración y relación que los padres mantengan.

En este orden de cosas, puede hablarse de una perspectiva favorable en el sentido de que exista una comunicación rápida para la programación y toma de decisiones sobre los hijos, esto es el mantenimiento de vínculos entre familiares. Pero en el caso desfavorable, cuando las relaciones no son del todo buenas, la tecnología repetitivamente se la utiliza como un medio de control, molestia, dependencia y más circunstancias que dan como resultado la toma

de medidas necesarias para reducir a propósito el contacto. (Cantón Duarte, Cortés Arboleda, & Justicia Díaz, 2013)

Ahora bien, es necesario que exista conciencia total de todas las circunstancias cuando se tome una decisión respecto del interés superior de las niñas y niños. Los psicólogos consideran que la variabilidad que entraña la Custodia Compartida conlleva la posibilidad de diseñar un modelo para cada familia, de modo que cubra todas las necesidades del niño y se adapte a las posibilidades de esos progenitores, siendo la flexibilidad y apoyo mutuo de los adultos en la crianza de sus hijos lo que tiene que primar en su articulación. (Catalán, García, Peña, Alemán, & Aragón, 2007)

2.4. ¿Por qué se debe implementar la figura de la Custodia Compartida en el Ecuador?

Como se evidencia, el divorcio puede ser favorable para los padres pero perjudicial para el interés de los niños. Se debe analizar los aspectos adaptativos de la personalidad y conducta entre los niños y niñas de familias intactas con las familias divorciadas. Según evidencias, existen estudios los cuales indican que los niños y niñas que experimentan el divorcio de sus padres y se deben regir a la custodia mono-parental con régimen de visitas, tienen más dificultades en sus relaciones adultas. Hacen énfasis en las relaciones íntimas como el aspecto más afectado, es decir la búsqueda de amor de pareja, intimidad sexual y compromiso. (Cantón Duarte, Cortés Arboleda, & Justicia Díaz, 2013)

Adicionalmente, los estudios demuestran síntomas de ansiedad, depresión, sentimientos de inferioridad, problemas escolares. Esto quiere decir que cuando ocurra una ruptura matrimonial, todos los miembros de la familia, en especial las niñas y niños, atravesarán situaciones estresantes como dificultades económicas, nuevos estilos de vida, y un sin número de emociones negativas.. (Cantón Duarte, Cortés Arboleda, & Justicia Díaz, 2013) La vetusta bibliografía sexista desde siempre ha pre-determinado un rol en la mujer por

ser capaz de concebir y ha creído que el papel de la madre es el más importante, por no decir el único, para el desarrollo de los hijos, porque se tenía la idea de que los padres no podían ejercer la custodia de sus hijos “por cuestiones laborales” y en bastantes casos era evidente la indiferencia sobre la crianza que ellos debían ejercer.

Actualmente es fundamental que participen los dos padres en la crianza de sus hijos e hijas para un correcto desarrollo como personas dentro de la sociedad. Las funciones tradicionales del padre se están reemplazando por un nuevo concepto de paternidad, que se traduce en cuidados, afecto, co-parentalidad, compartir responsabilidades domésticas y participar en la vida familiar. (Genesoni & Tallandini, 2009) El contacto del padre con sus hijas e hijos es necesario, puesto que este crea sentimientos de cercanía hacia él. De hecho los niños y niñas que han tenido la presencia de su padre luego del divorcio y en su desarrollo revelan facilidad de adaptación, muy aparte de los efectos de la madre.

Al contrario de lo que sucede con la falta de convivencia del padre no custodio, las niñas y niños presentan varias dificultades para establecer un vínculo emocional con este. Esto se ve afectado por procesos psicológicos que experimentan a causa del principal obstáculo, que en la mayoría de casos es la madre. El psicólogo William Fabricius descubrió que mientras los padres anhelaban pasar más tiempo con sus hijas e hijos las madres no estaban dispuestas a tolerar esos deseos porque creían que ya pasaban tiempo suficiente con el padre y que la madre era idónea para estar con sus hijos más tiempo que él. (Fabricius, 2003) Por eso la mayoría de padres ya se habían hastiado de discutir con las ex-cónyuges sobre estas cuestiones.

2.5. Indicadores de lo que sucede en las familias ecuatorianas

En el Ecuador en el año 2015 se registraron 25.692 divorcios frente a 11.725 del 2005, un incremento de 119,1%. Mientras, el número de matrimonios cayó 8,9% al pasar de 66.612 en el 2005 a 60.636 del 2015, según los últimos

datos del Anuario de Estadísticas de Matrimonios y Divorcios publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).

De acuerdo a los gráficos realizados por el INEC las estadísticas quedan así:

Tabla 1

Tasa de nupcialidad a nivel nacional. Serie 1.1.1.

Años	Población 1/	Matrimonios	
		Número	Tasa*
2015	16.278.844	60.636	3,72
2014	16.027.466	60.328	3,76
2013	15.774.749	53.986	3,42
2012	15.520.973	57.753	3,72
2011	15.266.431	73.579	4,82
2010	15.012.228	74.800	4,98
2009	14.738.472	76.892	5,22
2008	14.472.881	76.354	5,28
2007	14.214.982	76.154	5,36
2006	13.964.606	74.036	5,30
2005	13.721.297	66.612	4,85
2004	13.551.875	63.299	4,67
2003	13.319.575	65.393	4,91
2002	13.093.527	66.208	5,06
2001	12.814.503	67.741	5,29
2000	12.531.210	74.875	5,98
1999	12.257.190	77.593	6,33
1998	11.992.073	69.867	5,83
1997	11.735.391	66.967	5,71

Tomado de: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

La de divorcio establece lo siguiente:

Tabla 2

Tasas de divorcio a nivel nacional. Serie 1.1.2

Años	Población 1/	Número	Tasa*
2015	16.278.844	25.692	15,78
2014	16.027.466	24.771	15,46
2013	15.774.749	21.122	13,39
2012	15.520.973	20.299	13,08
2011	15.266.431	21.466	14,06
2010	15.012.228	18.231	12,14
2009	14.738.472	17.117	11,61
2008	14.472.881	17.111	11,82
2007	14.214.982	14.942	10,51
2006	13.964.606	13.981	10,01
2005	13.721.297	11.725	8,55
2004	13.551.875	11.251	8,30
2003	13.319.575	10.912	8,19
2002	13.093.527	10.987	8,39
2001	12.814.503	11.068	8,64
2000	12.531.210	10.796	8,62
1999	12.257.190	8.968	7,32
1998	11.992.073	8.907	7,43
1997	11.735.391	8.557	7,29

Tomado de: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Comparando gráficamente:

Tabla 3

Número de matrimonios y divorcios registrados

Años	Matrimonios	Divorcios
2006	74.036	13.981
2007	76.154	14.942
2008	76.354	17.111
2009	76.892	17.117
2010	74.800	18.231
2011	73.579	21.466
2012	57.753	20.299
2013	53.986	21.122
2014	60.328	24.771
2015	60.636	25.692

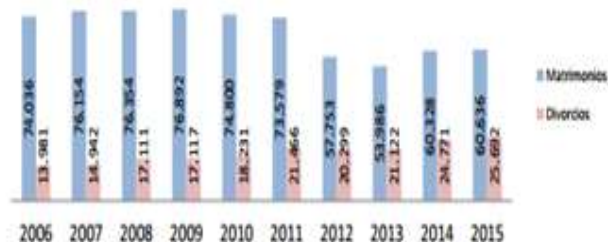


Figura 1. Número de matrimonios y divorcios registrados

Por lo que se puede observar, en la actualidad respecto de lo que pasaba antes, de todos los matrimonios contraídos en el año pasado casi la mitad de cónyuges se divorciaron. Esta tasa de crecimiento es alarmante, puesto que las familias con hijas e hijos quedan regidas al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual estipula que cuando el Juez estime lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. El artículo 106 a través de sus numerales 2 y 4 establece que la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, o en caso de que ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija. Es decir que todos los integrantes de la familia deben acatar la normativa antañona que existe hasta la actualidad, tomando en cuenta que los roles de género han cambiado, la sociedad ha evolucionado, y en definitiva, los derechos deben cambiar y adaptarse a los factores de tiempo y espacio que experimenta la sociedad en su momento y circunstancias.

No existen estadísticas de cuántos hijos e hijas ha concebido cada pareja divorciada pero podemos hacer un aproximado respecto de la tasa de natalidad la cual en los últimos 10 años se ha mantenido por el mismo rango.

Tabla 4

Numero de nacidos vivos oportunos y tardíos, por sexo y tasa de natalidad a nivel nacional

Años	Oportunos*			Tardíos**			Proyecciones de población ¹⁾	Total nacimientos***	Tasa de natalidad ²⁾
	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres			
2003	178.549	90.710	87.839	83.455	42.465	40.990	13.319.575	262.004	19,67
2004	168.893	85.999	82.894	85.469	42.855	42.614	13.551.875	254.362	18,77
2005	168.324	84.316	84.008	84.401	43.128	41.273	13.721.297	252.725	18,42
2006	185.056	94.568	90.488	93.535	48.044	45.491	13.964.606	278.591	19,95
2007	195.051	99.958	95.093	88.933	45.119	43.814	14.214.982	283.984	19,98
2008	206.215	104.287	101.928	84.840	43.466	41.374	14.472.881	291.055	20,11
2009	215.906	110.413	105.493	82.431	42.185	40.246	14.738.472	298.337	20,24
2010	219.162	111.724	107.438	73.213	37.521	35.692	15.012.228	292.375	19,48
2011	229.780	117.245	112.535	71.326	36.354	34.972	15.266.431	301.106	19,72
2012	235.237	120.331	114.906	62.072	31.835	30.237	15.520.973	297.309	19,16
2013	220.896	112.711	108.185	56.724	28.988	27.736	15.774.749	277.620 (B)	17,60
2014 ³⁾	229.476	118.138	111.338	-	-	-	16.027.466	229.476 (A)	14,32

Tomado de: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, s.f.

Referente a las relaciones entre los padres y madres con sus hijas e hijos el Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, con el apoyo de UNICEF, crearon los Índices de Cumplimiento de Derechos de la Niñez. En este estudio podemos encontrar lo siguiente:

Tabla 5

Evaluación de las formas de relación entre niños

	2000	2004	2010	2015
Maltrato extremo violento: te pegan, te encierran o te bañan en agua fría, te insultan y se burlan de ti, te sacan de la casa y te dejan sin comer	35%	36%	44%	38%
Indiferencia: no te hacen caso, no hacen nada, y otras reacciones	5%	3%	3%	1%
Buen trato: dialogan contigo y te ayudan	8%	5%	22%	42%

Tomado de: Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, (2006)

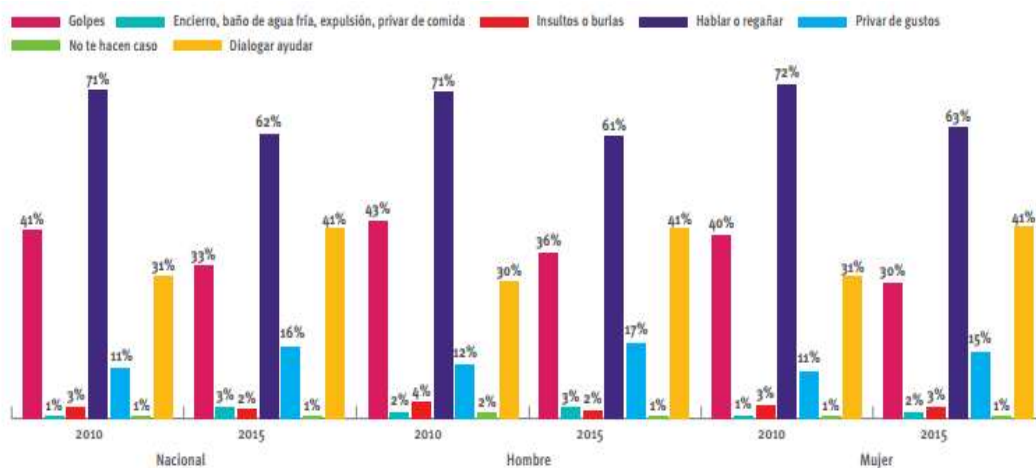


Figura 2. Niñez y Adolescencia entre 5 y 17 años según el trato que reciben de sus padres cuando no obedecen, según género.

Tomado de: Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006)

Se destaca que la opción “dialogan contigo y te ayudan” sube del 22 % en el 2010 al 42% en el 2015. Este porcentaje es mucho mayor que el de la línea de base del 2000 cuando sólo alcanzaba el 8%. Pero aun así, el índice de maltrato extremo violento aumentó desde el año 2000, las cifras indican que cuatro de cada diez niños, niñas y adolescentes sufre “maltrato extremo violento” y que el 1% de la niñez y la adolescencia es tratado con “indiferencia”.

Los niños y adolescentes son más golpeados (36%) que las niñas (30%). Sin embargo, el 42% de niños y niñas dialogan por igual con sus progenitores.

Tabla 6

Niñez y Adolescencia entre 5 y 17 años según el trato que reciben de sus padres cuando no obedecen

	De 5 a 11 años		De 12 a 17 años	
	2010	2015	2010	2015
Golpes	56%	42%	20%	19%
Encierro, baño de agua fría, expulsión, privar de comida	2%	3%	1%	2%
Insultos o burlas	4%	2%	3%	2%
Hablar o regañar	70%	61%	74%	63%
Privar de gustos	11%	15%	12%	17%
No te hacen caso	2%	1%	1%	1%
Dialogar / ayudar	25%	37%	38%	48%

Tomado de: Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006

La tabla 7 indica que los niños y niñas de edades entre 5 y 11 años (42%) son quienes reciben más golpes, y la cifra desciende considerablemente cuando de adolescentes se trata (19%). Esta tasa es preocupante, puesto que el valor es muy alto, en esta etapa los niños es cuando más se desarrollan para la edad adulta. Si esto continúa así, la clase de ciudadanos que tendremos en un futuro tendrá graves consecuencias psicológicas que desembocaran en el mal manejo del individuo dentro de la sociedad.

Por lo tanto, el Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia concluye que al cierre de la década la tendencia de los padres a ser castigadores y violentos con sus niños y niñas aumenta, sobretodo en la edad escolar. El regaño todavía permanece como la medida correctiva más frecuente en los hogares del país. Y en general, las niñas y niños en cuestiones de género reciben casi los mismos castigos. (Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006)

Bajo estas cifras en el año 2016 el país alcanza apenas una calificación regular sobre el cumplimiento de los derechos de las niñas y niños de 5.3/10, la mitad de lo esperado. Esta serie histórica de 11 años (2004- 2015) revela que en Ecuador, el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia,

es cada vez mejor en los primeros años. Pero a pesar de los esfuerzos, los dos grupos poblacionales referidos a niñez escolar y adolescencia, deben ser atendidos con mayor sostenibilidad, ya que las diversas expresiones de la violencia no mejoran considerablemente. (Observatorio Social del Ecuador, 2016)

La finalidad de analizar las estadísticas antes expuestas, es primeramente demostrar que ante la alarmante tasa de crecimiento de divorcio en el país, la cual se duplicó, más el mantenimiento del porcentaje de la misma tasa de nacimientos en los últimos 10 años, existen muchos más niños y niñas, padres y madres, que deben obedecer la imposición de esta norma, la cual entra en conflicto con la sociedad actual. .

Como se puede verificar a través de las estadísticas, la situación actual de las parejas es doblemente inestable y se acepta la violencia como parte de la formación de la niñez, lo cual ha incidido en el comportamiento legal de los individuos pertenecientes al núcleo familiar, vulnerando su dignidad como seres humanos, sus derechos fundamentales y limitando el goce y ejercicio de sus derechos bajo la regulación de la custodia monoparental. (Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2006)

De manera que nos enfrentamos a una situación en la cual el derecho debe necesariamente adaptarse al tiempo, espacio y circunstancias actuales para garantizar su total cumplimiento.

2.6. Custodia mono-parental VS. Custodia compartida

Siendo el interés superior de las niñas y niños primordial en una situación conflictiva de separación donde ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones, surge la duda sobre la eficacia de la custodia monoparental. La figura de la custodia monoparental y la reglamentación de visitas realmente surge por el conflicto que existe entre las parejas. No hay comprensión entre ambos, por ello aparecen preguntas lógicas que van desde una perspectiva

realista. ¿Por qué se castiga a un padre o madre con unas visitas cada cierto plazo determinado? ¿Por qué al padre o madre no custodio se le arrebató el derecho de tener un contacto físico permanente con sus hijos? ¿Acaso, no se castiga también al niño o niña, al no tener ese contacto físico permanente con su padre o madre no custodio? (Sierra Rincón, 2010)

El artículo “Diario de divorcios y segundas nupcias” establece un análisis sobre ambas figuras. En él se demuestra que la custodia compartida daba oportunidad al padre para que se implique más en la crianza de sus hijos y se encontraba más satisfecho con las relaciones y afinidad creadas con ellos aparte del método que ofrecía esta figura. Los cónyuges tenían menos conflictos y mayor apoyo en la relación familiar. Al contrario de lo que sucede con los niños en la custodia monoparental, en la compartida no se halló signos de desadaptación psicológica o autoestima aunque las madres se hayan molestado por esta medida puesto que buscaban la custodia exclusiva. En síntesis, la custodia compartida se relaciona con una mejor relación y afinidad entre padres-niño o niña, menor estrés en el desarrollo y crianza de sus hijos, y menos conflictos entre los padres.

Mientras que la custodia mono-parental estaba determinado por ciertos factores. Uno de ellos era la forma en la que la madre percibía la capacidad de crianza del padre, más que nada cuando existían conflictos de por medio. Frente a esto habían diferencias entre la forma de criar a los hijos, preocupación por la seguridad de ellos y en definitiva la mínima presencia del padre hacía que la madre se niegue a compartir el cuidado de los hijos. Además el factor económico representaba en varias ocasiones un problema porque si el padre no cumplía con sus obligaciones se creaban resentimientos. En algunos casos se encontró en esta figura una conducta controladora por parte de uno o ambos padres la cual influía negativamente en la custodia. (Bauserman, 2012)

Definitivamente se puede alegar que lo que busca la custodia compartida es disminuir la conflictividad entre parejas, buscar formas de compartir la custodia

de una manera correcta entre ambos y lo más importante, beneficiar a las niñas y niños. Por ello este ensayo insiste en que es necesario contar con estudios de casa, y estudios en profundidad sobre la realidad socio jurídica de las familias, donde el rol de la sicología Jurídica es relevante, no solo para adoptar la normativa correspondiente, sino como una herramienta de referencia para las decisiones judiciales para la protección de las niñas y niños.

2.7. Desafíos pendientes en el Ecuador para alcanzar el cumplimiento del principio del interés superior de las niñas y niños

Luego de mantener la custodia monoparental con régimen de visitas en nuestra legislación se puede observar que a través de este cuidadoso análisis, el principal desafío pendiente para alcanzar el cumplimiento del principio del interés superior de las niñas y niños, el cual genera más desafíos a tratar, es eliminar los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia los cuales regulan la custodia y tenencia de los niños y niñas bajo la figura monoparental. Por lo cual, como se ha observado a través de este ensayo, se intenta demostrar que la custodia compartida es el método más idóneo para lograr el cumplimiento del fondo actual de la problemática. Un ejemplo de aquello es la acción pública de inconstitucionalidad que está realizando la Universidad San Francisco de Quito, lo cual se tratará más adelante.

Acorde a lo manifestado por el Consejo de igualdad intergeneracional, ninguno de los derechos consignados en la Constitución de 2008 dirigido a la niñez y adolescencia y en la Convención de Derechos del Niño ha sido dejado de lado en Ecuador. El cumplimiento de algunos derechos se aproxima ya a la universalidad, mientras otros a pesar de los esfuerzos todavía deben ser atendidos. Esto se debe a que, por un lado, persisten brechas, y por otro, porque es necesario perfeccionar estrategias. (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2014)

Según lo señalado en acápites anteriores, aun cuando los derechos, la libertad y la igualdad de las niñas y niños estén reconocidos en el propio ordenamiento jurídico, la realidad es totalmente diferente, como se ha demostrado a lo largo de este ensayo. Puesto que no están dadas las condiciones para que este grupo cuente con ese conjunto de garantías y libertades ofrecidas por el mismo derecho. De manera que el Ecuador debe atravesar algunos desafíos pendientes.

Comenzando por eliminar la legislación desfasada e inadecuada a las características actuales de nuestra sociedad, la cual primeramente genera una ambivalencia entre las normas nacionales e internacionales teniendo como resultado conflicto de normas e intereses. Posteriormente se debe reconocer en la práctica a las niñas y niños como sujetos de derechos más no como objetos de protección. Al mencionar ser sujetos de derechos, es que ellos puedan hacer goce total del ejercicio de sus derechos protegiendo su interés superior por sobre cualquier situación.

Es decir que ante cualquier situación ejerzan su derecho a opinar, ya que no carecen de voz y deben velar por sus propios intereses. Derecho a una identidad, porque según lo afirma el Comité de Derechos del niño, la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, dado que construyen su identidad personal y a su vez adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. (Organización de las Naciones Unidas, 2014) También el derecho a la preservación del entorno familiar debido a que hay una ceñida relación entre el derecho del niño o niña a la familia y la realización de sus derechos. Es obligación del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución del Ecuador, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

La igualdad entre hombres y mujeres todavía no supera expectativas en materia de familia, todo lo contrario, la práctica jurídica de lo que ocurre ahora ofrece situaciones machistas, sexistas y desfavorables para todos los

miembros de la familia. Se debe liberar a la mujer de roles pre-determinados, por ser la que concibe a los niños, puesto que discrimina y genera un estereotipo que vulnera sus derechos y es contrario a la corresponsabilidad paterna y materna.

Por último, se podría alegar que la protección especial fue un desafío asumido por el Estado de manera “frontal” desde el año 2009. Todavía existen algunas debilidades de rectoría del sistema de protección especial las cuales debilitan las acciones, las fracciona y las torna repetitivas en muchos casos. En las peores situaciones, no se cuenta con respuesta ágiles para resolver los problemas de mayor violación de derechos de la niñez y adolescencia. Pero es notorio que el país se encuentra en un proceso de transición institucional que demanda ejecutar nuevas tareas, definir roles y establecer sistemas de articulación y control para lograr cumplir con los desafíos planteados. (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2014)

Si el país no se prioriza estos desafíos pendientes afectarán gravemente las oportunidades de vida y desarrollo de los niños y niñas.

3. BALANCE JURÍDICO TÉCNICO EN EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

3.1. Protección de las niñas y niños en instrumentos internacionales

Dentro del marco normativo internacional, como se mencionó anteriormente la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, estableció el hito fundamental desde donde: *“la Humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él”*. Después en la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959 el principio del interés superior se lo anunció en términos exactos como un derecho base el cual estipulaba que *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

A partir de esta Declaración, la protección a la infancia se vio reflejada en diversos instrumentos internacionales los cuales respondían al principio de protección al interés superior de las niñas y niños. Un claro primer ejemplo es la protección de la familia en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, donde se expresa en el artículo 17.4 lo siguiente: *“se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”*. En la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 1979 el artículo 5 literal b ofrece una protección especial al interés de los hijos y se lo reitera en el artículo 16 numeral 1 literal d, de la siguiente manera: *“Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombre y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de los hijos, en inteligencia que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*.

Es notable el rol común de responsabilidad y comprensión que se reitera entre hombres y mujeres para el desarrollo de sus hijos considerando siempre el interés de ellos en cualquier caso, aunque reconozca la maternidad y no la paternidad como función social. Así que insisto en dejar atrás los roles tradicionales para regular temas de infancia.

De otra parte, en la Declaración de 1986 Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, en particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional se reconoce que *“En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”*.

Esta Declaración tiene como preámbulo el principio del interés superior de los niños. Notablemente a medida que la humanidad ha ido progresando, los instrumentos internacionales han evolucionado a tal punto de fundamentar como base y constitución de todo ordenamiento jurídico social, el interés superior de las niñas y niños.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 tuvo como objetivo principal delimitar el papel de los Estados en adoptar todos los recursos necesarios para cumplir con el deber de proteger el interés superior de los niños. Aquí se establecieron normas de protección y defensa de la infancia contra el abandono, la explotación y malos tratos por la fragilidad y vulnerabilidad que tiene la dignidad del niño la cual necesita protección especial. Es así que para el cumplimiento de la Declaración se fijaron dos principios básicos aplicados a todos los derechos de los niños.

El primero es el principio de subsidiariedad, este principio es el que *“obliga a los Estados a asumir esas funciones protectoras o asistenciales cuando decaigan en el ejercicio de las mismas las personas primariamente responsables”*. (Ruiz Giménez, 1996) Claramente se encuentra en los

artículos 3, 4, 5, 9, 18, 20 y 39 además de ser un principio básico de la Convención.

El segundo se encuentra en el artículo 3 el cual establece lo siguiente: *“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”*. El interés superior del niño es un principio rector, además de ser el más importante, es garantista el cual formula las directrices para las formas de intervención y protección de los niños en todas las circunstancias que les afecten para que prevalezca siempre dentro de la práctica.

En síntesis, como alega Miguel Cillero, la protección especial de los niños involucra *“derechos de igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia”*. (Cillero Bruñol, 2010) Por último, el Convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993 exige *“la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”*, tomando en cuenta la cooperación de los Estados para la consecución correcta de los fines de esta Convención.

3.2. Resultados de la Custodia Compartida a nivel internacional

Para esta sección se tomará en cuenta la aplicación y resultado de la figura de Custodia Compartida. Con la finalidad de entender la efectividad de la implementación de esta figura y así proponerla dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En Estados Unidos el psicólogo Bauserman, realizó un estudio donde se investigaba no solamente las diferencias entre los resultados de los dos tipos

de custodia (monoparental y compartida), sino también los factores identificados relacionados con cada singular diferencia en la situación clínica. El estudio preveía la detección de una serie de medidas de salud: la psiquiátrica general, la de comportamiento, la emocional, la de autoestima, la de las relaciones con la familia, la de evaluación escolar, el análisis de cuestionarios específicos de evaluación de la salud mental hasta el momento del divorcio más una catalogación del nivel de conflicto tanto en el pasado como en la actualidad y preveía la medida de 140 dimensiones de efecto. Se analizaron 1846 hijos en custodia exclusiva y 814 en custodia conjunta.

En resumen, los resultados fueron:

1. Los niños en custodia compartida, tanto física como legal, están mejor que los de "custodia exclusiva", con independencia de su edad.
2. La presencia y la participación de los padres no convivientes era asociada con beneficios de comportamiento, emocionales, escolares.
3. Los niños en custodia compartida eran hijos de las parejas menos conflictivas.
4. No se fundamenta la objeción de que la custodia compartida expone a los niños al riesgo de tener dos casas, de ser expuestos a graves conflictos, de hecho la custodia compartida resulta beneficiosa.
5. La custodia compartida no es buena con progenitores ineptos (abusadores, descuidados, enfermos psíquicos).
6. La última conclusión es que la custodia compartida puede ciertamente ser beneficiosa siempre que no se evidencien desventajas específicas, bien definidas para la custodia exclusiva.

Otro estudio realizado por investigadores de las Universidades de Bethesda, de Groenlandia, de Estocolmo, de Yvaskula (Finlandia), de Copenhague, de Akureyri (Islandia), y de Goteborg, examinaron las diferencias en satisfacción con la vida y la percepción del bienestar familiar entre 36 sociedades occidentales (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Letonia,

Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Reino Unido y Estados Unidos) el cual concluyó lo siguiente:

1. No hay daños graves documentados que se deriven de estudios longitudinales, como consecuencia de una presencia equilibrada en dos viviendas, o del crecimiento recibiendo aportes de modelos educativos aunque sean no coherentes. Así que en el equilibrio global en la salud del niño es sin duda menos sacrificio perder un poco de tiempo frecuentando dos domicilios que perder la posibilidad de haber una referencia de ambos progenitores. Lo que significa concluir a favor de la abolición de la práctica de nombrar a un "progenitor asignado". (Associazione Nazionale Familiaristi Italiani, 2012)

3.3. Acción pública de inconstitucionalidad de la normativa

El pasado abril del año 2015, la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito presentó una demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Fundamentando que este viola al principio de igualdad, transgrede el principio constitucional de corresponsabilidad parental, discrimina al perpetuarse estereotipos en los roles de las mujeres, es contrario al principio del interés superior del niño, y desampara el entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.

La injustificada preferencia a la mujer en este tema resulta discriminatorio y estereotipado, porque hace una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia. Lo cual deja como consecuencia la vulneración al principio de igualdad. Textualmente precisan que: La preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, por el contrario, viola varios derechos reconocidos en los artículos 11 numeral 2, 19, 44, 45, 69 numeral 5, 83 numeral 16 y 333 de la Constitución.

Además no es necesaria, porque para lograr el bienestar del niño existe otro medio, distinto a la preferencia materna, que implica un análisis caso por caso. Así, eliminando esta regla automática, el juez podrá decidir con base en el interés superior del niño lo que resulte más favorable de acuerdo a su situación. Y no es proporcional ya que el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, a la vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del niño.

Este artículo es contrario al principio de corresponsabilidad parental ya que al mantenerse un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos. Como se menciona, es innegable que la ley no deba realizar ningún tipo de preferencia respecto del otorgamiento de la tenencia por ser contraria al derecho de igualdad y de corresponsabilidad parental garantizados por la Constitución.

Se puede afirmar que la dicho artículo se basa en estereotipos, puesto que se está perpetuando en la sociedad la idea tradicional de que el cuidado de los niños le corresponde exclusivamente a la mujer y se impone expectativas específicas en relación con la vida familiar, limitando sus opciones en el mercado laboral. Dicho anteriormente, se reconoce a la maternidad y no a la paternidad como función social.

Es contrario al principio del interés superior del niño ya que no asegura la efectiva realización de sus derechos pues menoscaba el derecho a la opinión del niño, el derecho a la identidad del niño y el derecho a la preservación del entorno familiar.

Menoscaba el derecho a la opinión del niño que está reconocido en la Constitución y el COGEP, donde las niñas y niños tienen derecho a ser escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos. El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12 señaló que

la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. (..) la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.

Por lo tanto, el derecho a ser escuchado permite a las niñas y niños ser concebidos como individuos independientes, poseedores de opiniones propias que, en consonancia con su capacidad y madurez, deberán ser tomadas en cuenta en todos los asuntos que le afecten. (Carmona, 2005)

El artículo 33 de la Constitución del Ecuador otorga a las niñas y niños el derecho a la identidad. Determina que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.

Mientras que otro elemento para el cumplimiento del principio del interés superior del niño es la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares. El artículo 44 y 45 del marco constitucional precisa 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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a

la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Finalmente alegan que de llegarse a considerar que esta asignación automática beneficia al niño, realmente se llega al resultado opuesto. Es así que, en definitiva cualquier regla que conceda automáticamente la tenencia a uno de los padres es contraria al interés superior del niño.

En la audiencia pública realizada el 9 de febrero del año 2017 a las 15:00 según el Boletín No. 81 de la Corte Constitucional. A esta diligencia procesal comparecieron en calidad de legitimados activos, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia con su abogado patrocinador Farith Simon Campaña, como director de las clínicas jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito. Por los legitimados pasivos, en representación de la Presidencia de la República, el abogado patrocinador Dr. Erik Pineda; en representación de la Asamblea Nacional, el abogado patrocinador el Dr. Francis Abad. Por la procuraduría General del Estado la Dra. Jenny Veintimilla Endara. Por los terceros con interés comparecieron Henry Santiago Villareal Revelo con su abogado patrocinador, Dr. Fabián Hernández.

El juez constitucional Alfredo Ruiz Guzmán, concedió el término de 72 horas para que las partes legitimen sus intervenciones. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 436 numeral 2 determina entre las competencias de la Corte Constitucional, la siguiente: "Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del

Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado". (Corte Constitucional, 2017)

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

4.1 Conclusiones

Toda figura jurídica persigue un objetivo específico y tiene un referente. El objetivo específico del principio del interés superior de las niñas y niños es resguardar, proteger y asegurar todos los derechos que poseen como ciudadanos pertenecientes a una sociedad democrática; mientras que su referente es la necesidad en la que se encontraron tiempo atrás, ante las arbitrariedades y abusos por parte del Estado y sus padres, además de la no-participación de la sociedad como agentes de cambio en el reconocimiento de estos seres humanos, como sujetos de derechos. En cambio, el objetivo de la custodia compartida es dar cumplimiento a la protección del interés superior de los niños y niñas, para que ambos padres participen por igual en el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en un marco de libertad y dignidad; aceptando así la capacidad que tienen sus hijas e hijos en emitir las directrices que ellos buscan para su bienestar.

Si observamos la situación histórica en la que nos encontrábamos hace algún tiempo no tan lejano, los roles que mantenían hombres y mujeres eran distintos y desiguales. Por eso aproximadamente un 90% del cuidado de los hijos e hijas estaba a cargo de la madre, porque a diferencia de la paternidad, la maternidad era y se podría decir que todavía en algunas partes del mundo, incluyendo Ecuador, es reconocida como función social. Dentro de esta perspectiva el objetivo de la custodia mono-parental, (aunque a muchas personas no les guste esta idea), es mantener una suerte de concepción “tradicional” (por los moldes culturales que se imponen en nuestra sociedad) en la que la figura de la madre sin mayor discusión o estudio es la única respuesta de protección en una situación jurídica de custodia. Las niñas y niños merecen la presencia permanente de ambos padres. Después de los estudios psicológicos y sociales revisados, la figura de la custodia compartida se adapta mayormente a las características y necesidades de nuestra

sociedad. El resultado ha sido favorable en muchas legislaciones cercanas y lejanas a la nuestra.

La psicología jurídica debe ser valorada como una disciplina técnica fundamental, puesto que proporciona insumos técnicos relevantes para la elaboración de normas sociales, por cuanto es necesario estudiar la conducta y comportamiento de los actores jurídicos para saber cómo incide esto en el ámbito legal. Dentro del tema de este ensayo se puede observar que la custodia monoparental no es la más apta para nuestra sociedad actual, y más aún si se demostró que el divorcio aumentó en un 119% y la tasa de natalidad se mantiene dentro del mismo porcentaje. Es interesante saber que la preferencia para conferir la custodia a la mujer fue en el año de 1860. Por lo que para la actualidad y con la Constitución actual, la cual protege primordialmente el interés superior de los niños, la igualdad, la corresponsabilidad paternal y maternal, además de exigir un ambiente propicio para ellos y ellas, se contradice y genera conflicto puesto que está basado en el paternalismo tradicional el cual está afectando el ejercicio de los derechos de este grupo considerado de doble vulnerabilidad. Es por eso que es urgente la reforma de este artículo para optar por otras alternativas que sean más viables a la consecución de las garantías reconocidas en la Constitución para el efectivo cumplimiento de nuestros derechos sociales.

Gracias a la iniciativa de la clínica San Francisco, el caso de acción pública de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, se encuentra en la Sala de la Corte Constitucional, el cual después de fundamentar que vulnera principio de igualdad, transgrede el principio constitucional de corresponsabilidad parental, discrimina al definir estereotipos en los roles de las mujeres, es contrario al principio del interés superior del niño, y desampara el entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares; se espera que tenga como efecto su invalidez por el fondo del contenido que conlleva la normativa impugnada.

4.2 Recomendaciones

Como recomendación y punto final, las instituciones que el estado ha creado y además las organizaciones privadas que buscan amparar y asegurar el cumplimiento efectivo y vigilia de los derechos de la infancia, niñez y adolescencia, deben instruir a los juzgadores para transmitir directrices actualizadas a la realidad, que podrían tomar frente a la delicadeza de cada asunto. Se deberían crear alianzas entre estas instituciones y organismos públicos y privados para elaborar correctamente una propuesta que sustente por qué se debería implementar la figura de la custodia compartida en el Ecuador y como eso puede ser favorable para resguardar el cumplimiento de protección del interés superior de las niñas y niños y para nuestra sociedad en base a todos los aspectos, problemas, conflictos, necesidades y demás para saber cómo afecta o favorece a cada miembro de la familia, tal como lo ejecuté en este ensayo. Se ha visto que se han realizado diversos estudios para determinar índices y estadísticas de lo que está ocurriendo a nivel de relaciones sociales, familiares, e individuales. Comenzando por aceptar que la situación de violencia que se presenta en el país es aceptada hasta para fines educativos, además del incremento de la tasa de divorcios y el deceso del número de matrimonios, contando con la situación de vulnerabilidad que se encuentran las niñas y niños sobre el conflicto de intereses que ocurre entre las parejas, y tener conocimiento que no es totalmente efectivo el cumplimiento de los derechos de la infancia, niñez y adolescencia en el Ecuador. Pero han quedado a la intemperie sobre los conflictos y vacíos legales que se presentan sin poder regular justamente esta situación desfavorable en la que se encuentran las niñas y niños por normas establecidas dentro de otro tiempo y circunstancias.

REFERENCIAS

- Acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos, 0028-15-IN (Corte Constitucional 01 de 04 de 2015).
- Acta de audiencia de conciliación y contestación a la demanda, alimentos: No. 2558-2008-SCH (Juzgado Quinto de Niñez y Adolescencia 19 de 11 de 2008).
- Albás, A. & Toldrá, M. (2007). Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y adolescencia. En N. Camps, *El Principio del interés superior del menor: Marco normativo internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alston, P. (1994). *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Asamblea Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2010). Código de la Niñez y Adolescencia.. Ecuador.
- Associazione Nazionale Familiaristi Italiani. (2012). Custodia compartida: el interés del menor en las diferentes estructuras familiares. *revista oficial de la sociedad italiana de pediatría preventiva y social*, 1-10.
- Ávila, R., & Corredore Ledesma, M. (2010). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. En M. Cillero Bruñol, *El interés superior del niño*. Quito: V&M Gráficas.
- Ávila, R., & Corredores Ledesma, M. (2010). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. En E. García Méndez, *Infancia, ley y democracia: Una cuestión de justicia*. Quito: V&M Gráficas.
- Ávila, R., & Corredores Ledesma, M. (2010). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. En R. Ávila Santamaría, *De invisibles a sujetos de derechos: Una interpretación desde el principio*. Quito: V&M Gráficas.
- Banton, M. (2006). *La aplicación de la ley y el control social, en Sociología Jurídica*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la universidad Central de Venezuela.

- Bauserman, R. (2012). A Meta-analysis of Parental Satisfaction, Adjustment, and Conflict in Joint Custody and Sole Custody Following Divorce. *Journal of Divorce & Remarriage*, 464-488.
- Cabanelas, G. (2006). *Diccionario Jurídico*. Guatemala: Editorial Heleista.
- Cabrera, J. (2008). *Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: Cevallos.
- Cantón, J., Cortés, M. & Justicia, M. (2013). *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica. De la disarmonía familiar al desarrollo de los hijos*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Carlucci, K. (2012). La guarda compartida una visión comparativa. *Revista de Derecho Privado UNAM*, 231-286.
- Carmona, M. (2005). *La Convención sobre los derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: DYKINSON S.L.
- Caso atala rizzo y rioldi vs. Chile, 12.502 (Corte interamericana de derechos humanos 24 de 02 de 2012).
- Catalán, M., García, M., Peña, S., Alemán, C. & Aragón, V. (2007). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho. *anuario de Psicología Jurídica*, 131-151.
- Cillero Bruñol, M. (2010). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. En M. Cillero Bruñol, *El interés superior del niño* (pág. 96). Quito.
- Cillero, M. (1994). *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*. Montevideo: Pilotti.
- Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. (2014). *La niñez y adolescencia en el Ecuador contemporáneo: avances y brechas en el ejercicio de derechos*. Quito: Noción.
- Constitución del Ecuador. (2008). Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (06 de 08 de 1984). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Registro Oficial 801.
- Corte Constitucional. (09 de 02 de 2017). 0028-15-IN. *Boletín N°81*. Quito.
- Definición ABC. (2010). *Definición ABC*. Recuperado el 22 de 09 de 2016, de <http://www.definicionabc.com/derecho/psicologia-juridica.php>

- Eroles, C., Fazzino, A., & Scandizzo, G. (2002). *Políticas Públicas de Infancia. Una mirada desde los derechos*. Buenos Aires: Espacio Editorial.
- Fabricius, W. (2003). *Listening to Children of Divorce: New Findings that Diverge from Wallerstein, Lewis, and Blakeslee*. Family Relations. Arizona: Family Relations.
- Galvis, L. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares de derechos activos*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Gavilanes, R. (2008). *Sistemas de atención infantil en el Ecuador*. Quito: Abya-Yala.
- Genesoni, L., & Tallandini, M. (2009). *Men's Psychological Transition to Fatherhood: An Analysis of the Literature, 1989–2008*. Londres: Journal compilation.
- Giberti, E. (2005). *Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes: perspectiva psicológica y social*. Buenos Aires: Espacio Editorial.
- Hernández, G. (2011). *Psicología Jurídica Iberoamericana*. Bogotá: El manual moderno.
- Juicio de alimentos, 17952-2009-2754 (Juzgado segundo de la Niñez y Adolescencia noviembre de 2009).
- Juicio de régimen de visitas, 17955-2008-2558 (Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia de Pichincha 25 de septiembre de 2008).
- Llave, S. & Rivas, R. (2014). *Los niños y niñas como grupo vulnerable: Una perspectiva constitucional*. Ciudad de México: UNAM.
- Mensías, F. (1995). *Psicología Jurídica*. Quito: UCE.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. (2006). *Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador 2005*. Quito: OSE.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. (2010). *Los niños y niñas del Ecuador a inicios del siglo XXI*. Quito: Noción.
- Observatorio Social del Ecuador. (2016). *Niñez y Adolescencia desde la intergeneracionalidad Ecuador 2016*. Quito: Offset Abad.
- Ojeda, C. (2008). *Estudio crítico sobre los derechos y garantías de la niñez y adolescencia*. Quito: Editorial Jurídica.

- Organización de las Naciones Unidas. (2014). Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Mexico DF: UNICEF.
- Ruiz, J. (1996). *La Convención de los derechos del niño, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.
- Salinas, L. (2002). *Derecho, género e infancia. Mujeres niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*. Bogotá: Unibiblios.
- Sierra, N. (2010). *La reglamentación de visitas*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Wallerstein, I. (2011). El debate en torno a la economía política de El Moderno Sistema-Mundial . *CIECAS-IPN*, 5-12.