



Universidad del Azuay
Facultad de Ciencias Jurídicas
Escuela de Derecho

**El Interés Superior del Niño Frente a la Custodia Compartida en
la Legislación Ecuatoriana**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del
Ecuador.**

Autor: Luis Santiago Córdova Tapia

Director: Dr. Santiago Jara R.

Cuenca, Ecuador

2016

Dedicatoria

Dedicado con todo mi amor a mis padres, Gloria y Luis; por ser las personas a quienes debo todo de mí, ejemplares esposos y padres de familia en los cuales tengo un reflejo de vida luchadora e incesante, son el motivo de mi inspiración y la luz que me guía por el buen camino.

A Daniela, Andrés, Cristiany y Astrid; mis queridos hermanos y los mejores amigos que la vida me pudo regalar.

De manera especial dedico este trabajo a todos los niños y a aquellas personas que en su infancia han tenido que soportar el dolor de la separación de sus padres.

“El mejor legado de un padre a sus hijos es un poco de su tiempo cada día”

(Leon Battista Alberti)

Agradecimientos

Agradezco infinitamente a Dios Todopoderoso y a la Virgen Dolorosa por todas las gracias que derraman sobre mí y por brindarme la posibilidad de culminar mi carrera con su Santa Bendición.

A mi amada familia, por su comprensión y apoyo incondicional en todos los momentos de mi vida. Gracias por compartir mis metas e ilusiones.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y en especial a la Escuela de Derecho de la Universidad del Azuay por permitirme adquirir las mejores experiencias y aprendizajes dentro de sus aulas. Y a todos mis profesores por sus valiosos preceptos en el saber del Derecho.

Al Doctor Santiago Jara Reyes porque más que un catedrático universitario ha sido para mí un verdadero mentor de los valores de responsabilidad y respeto.

A mis compañeros de carrera con los cuales compartí grandiosos momentos y vivencias dentro de nuestro aprendizaje del Derecho.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Resumen.....	vi
Abstract	vii
Introducción	1
Capítulo I: El Derecho de Familia y su Contexto Actual	4
1.1 Reconocimiento y Protección de la Familia en el Marco Internacional	4
1.1.1 Concepto Internacional de Familia.....	5
1.1.2 La Protección Internacional a la Familia.....	6
1.2 Derecho de Familia.....	7
1.2.1 Noción de Derecho de Familia.....	9
1.2.2 Características del Derecho de Familia.....	10
1.3 La Familia.....	11
1.3.1 Concepto de Familia	13
1.3.2 Relaciones Familiares	15
1.3.3 Sujetos de Derecho de Familia	16
1.4 Clases de Familia.....	16
1.4.1 Familias Tradicionales.....	18
1.4.2 Familias Atípicas	20
1.5 Matrimonio.....	21
1.5.1 Definición de Matrimonio.....	21
1.5.2 Reseña Histórica del Matrimonio.....	23
1.5.3 Caracteres del Matrimonio	26
1.5.4 Efectos del Matrimonio	27
1.6 Divorcio	31
1.6.1 Concepto de Divorcio	32
1.6.2 Historia del Divorcio.....	34
1.6.3 Clases de Divorcio.....	36
1.6.4 Efectos del Divorcio	39
1.7 Parentesco	43
1.7.1 Concepto de Parentesco.....	43
1.7.2 Clases de Parentesco	44
1.8 Filiación	45
1.8.1 Concepto de Filiación	45
1.8.2 Efectos de la Filiación.....	47
Capítulo II: El Interés Superior del Niño en el Ámbito Internacional y Nacional	48
2.1 Nociones Preliminares	48
2.1.1 Estructura Conceptual del Interés Superior del Niño.....	49
2.2 Concepto de Interés Superior del Niño	52
2.3 Reseña Histórica del Interés Superior del Niño	53
2.4 Características del Interés Superior del Niño	59
2.4.1 Principio Perteneciente a los Derechos de Primera Generación	59
2.4.2 Principio “Rector Guía”.....	59
2.4.3 Principio “In dubio pro Homine”	60
2.4.4 Principio Interpretativo	60

2.4.5 Principio que Llena Vacíos Legales	61
2.4.6 Principio con Prioridad en las Políticas Públicas	61
2.4.7 Principio con Gravedad en Sanciones por su Incumplimiento	62
2.5 La Convención Sobre los Derechos del Niño.....	62
2.5.1 Estructura de la Convención Sobre los Derechos del Niño	64
2.5.2 El Interés Superior del Niño en la Convención Sobre los Derechos del Niño.	65
2.6 Otras Fuentes Jurídicas Internacionales Importantes	68
2.6.1 Declaración de Ginebra de 1924	69
2.6.2 Declaración de los Derechos del Niño de 1959	70
2.7 El Interés Superior del Niño en la Constitución y Leyes Nacionales.....	71
2.7.1 Marco Constitucional	72
2.7.2 Legislación Orgánica.....	75
2.8 El Interés Superior del Niño como Principio Garantista.....	78
2.9 Una Relación Inquebrantable: El Niño y su Familia.....	79
2.9.1 El Interés Superior del Niño y las Relaciones Parentales.....	80
Capítulo III. La Custodia Compartida	85
3.1 Situación Jurídica actual de los Niños ante el Divorcio o Separación de sus Padres.....	85
3.1.1 Sistema de Custodia Monoparental.....	86
3.1.2 Problemática de la Custodia Monoparental.....	92
3.2 Concepto de Custodia Compartida.....	96
3.3 La Custodia Compartida como Alternativa ante la Realidad Social Actual .	98
3.3.1 La Custodia Compartida en la Legislación Extranjera.....	100
3.3.2 La Custodia Compartida a Favor del Interés Superior del Niño.....	105
3.3.3 Principios Inspiradores de la Custodia Compartida.....	107
3.4 Incorporación de la Figura de la Custodia Compartida en Nuestro Ordenamiento Jurídico y ventajas	110
3.4.1 Normas Constitucionales que Posibilitan la Inclusión de la Custodia Compartida en el Ecuador.....	110
3.4.2 Normas dentro del Código de la Niñez y Adolescencia que Posibilitan la Inclusión de la Custodia Compartida en el Ecuador.....	115
3.4.3 Ventajas de la Custodia Compartida	118
Conclusiones	120
Bibliografía.....	123

Resumen

Actualmente nuestra legislación prevé la aplicación de la custodia monoparental para los casos de rupturas familiares con hijos menores de edad de por medio, sin observar las modernas exigencias sociales que demandan una modificación a dicho sistema con la finalidad de poder instaurar una nueva figura basada en la custodia compartida; lo cual constituye el tema principal de estudio del presente trabajo de investigación que busca recoger las razones por las cuales esta nueva figura resulta ser más beneficiosa para los niños y su interés superior como para los progenitores separados y sus derechos de compartir la crianza y educación de sus hijos en igualdad de condiciones; finalmente se realizará un análisis de la normativa internacional y nacional que posibilita la inclusión de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Abstract

Currently our legislation provides for the application of single parenthood custody in cases of family breakdowns with underage children involved, without observing the modern social demands that require a modification to the system with the aim of establishing a new figure based on shared custody. This is the main subject of study of the research project, which seeks to gather the reasons why this new figure proves to be more beneficial for children and their best interests, as well as for their separate parents and their rights to share their children's parenting and education on equal conditions. Finally, an analysis of the international and national legislation, which allows the inclusion of this figure in our legal system, will be carried out.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

Introducción

La sociedad va evolucionando y con ella sus prácticas y costumbres, es hoy en día innegable el reconocer que tanto hombres como mujeres realizan libremente las mismas actividades, indistintamente de su género, tales como el estudio, el trabajo, el deporte entre otras; pues así mismo, debemos tener en cuenta la imposibilidad del Derecho Positivo a permanecer cambiante y marchante a la par de esta evolución social-cultural, de tal manera que siempre las prácticas y costumbres sociales irán un paso por delante de este Derecho Positivo, el cual debe recoger dichos cambios culturales y adaptarlos a la normativa de tal manera que las regule en base a dichas necesidades sociales actuales.

Pues bien, trasladándonos concretamente al ámbito familiar podemos evidenciar de igual manera un progreso en el comportamiento de los miembros que conforman la familia, hoy en día tanto padres como madres pueden realizar libre e indistintamente cualquier tipo de actividad como trabajar, realizar los quehaceres domésticos o encargarse del cuidado de sus hijos y es en este último ámbito correspondiente a las conductas de los padres para con los hijos, las que en materia referente al Derecho de Familia deben ser recogidas y reguladas en los cuerpos normativos correspondientes de acuerdo a las exigencias modernas tendientes a la búsqueda de igualdad y equidad de tal manera que garanticen los mismos derechos e igualdad de condiciones entre ambos progenitores al momento de hacerse cargo del cuidado, educación, protección y desarrollo de sus hijos, de manera especial para los casos en los cuales exista un alejamiento de uno u otro progenitor para con sus hijos.

Efectivamente podemos afirmar que las actividades correspondientes a cada miembro familiar pueden ser realizadas en armonía cuando dichos miembros conviven conjuntamente bajo un mismo techo, puesto que para los progenitores al

vivir en el mismo hogar les resulta más cómodo y sobre todo eficaz el poder controlar, vigilar y participar activamente, en igual medida de las tareas de educación y cuidado de sus hijos y de manera especial cuando estos últimos aún no han alcanzado la mayoría de edad y dependen en mayor medida de sus padres que aquellos hijos mayores de edad. Por otra parte los hijos menores de edad que crecen conviviendo entre ellos y con sus dos progenitores, pueden afianzar de manera fuerte los lazos de fraternidad con sus hermanos, cuentan con una figura paterna y materna de las cuales podrán obtener el mayor provecho para su desenvolvimiento facilitándoles su desarrollo integral.

Podemos decir entonces que el escenario ideal del cual el Derecho de Familia se ha encargado de regular satisfactoriamente es aquel en el cual los padres de familia junto con sus hijos puedan desarrollarse de manera que puedan compartir un mismo techo y convivir armoniosamente cada quien desempeñando de la mejor forma sus actividades propias en ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones como miembros de una familia unida y constituida a la luz del Derecho.

La problemática surge cuando esta relación armoniosa entre los miembros de una familia se ve afectada por la falta de comprensión y tolerancia de los mismos, de manera especial por parte de los padres de familia que al verse imposibilitados de continuar con una convivencia mutua, escogen el camino de la separación llevando así a una inevitable ruptura de su núcleo familiar en donde los hijos y en especial los menores de edad llegan a ser los más afectados.

Posterior a la separación de los padres de familia surgen varias circunstancias legales con respecto a los hijos menores de edad que deben ser resueltas como el ejercicio de la patria potestad y el régimen de custodia al que deberán sujetarse. Tal parece ser que la dirección del Derecho Positivo con respecto a este tema ha tomado

un curso muy diferente del que las necesidades sociales actuales ameritan, considerando como aplicable un régimen de custodia monoparental frente a la posibilidad de reconocer un régimen de custodia compartida en el cual se permita que ambos progenitores participen en igualdad de condiciones de la educación y desarrollo de sus hijos.

Tomando en consideración esta alternativa hacia la custodia compartida, dentro del presente trabajo de investigación se llevará a cabo un análisis de las razones por las cuales nuestra legislación debe modernizarse y optar por esta alternativa que tiene como fin brindar mayor protección a los intereses de los hijos menores de edad frente a la separación de sus progenitores.

Para el estudio de este tema, el presente trabajo se encuentra dividido en tres capítulos; el primero aborda el tema del Derecho de Familia, tanto en el ámbito de su reconocimiento y protección a nivel internacional y nacional, los motivos por los cuales consideramos a la familia núcleo de la sociedad, así como el matrimonio base de la familia y al divorcio como principal medio de separación de la misma; continuamos analizando en el siguiente capítulo a los menores de edad y a su interés superior, el cual debe primar ante cualquier otro derecho que se le contraponga, haciendo un estudio de los principales instrumentos legales tanto internacionales como locales y las características que apoyan a este principio de Derecho; para finalmente abordar el estudio del régimen de custodia compartida, analizando sus características y exponiendo las razones además de la legislación que posibilitan la inclusión de esta figura dentro de nuestro sistema jurídico interno; demostrando además porque el régimen de custodia compartida es la mejor alternativa acorde al Derecho de Familia y al interés superior del niño frente a los casos de crisis familiares en donde existe separación del núcleo familiar.

Capítulo I: El Derecho de Familia y su Contexto Actual

1.1 Reconocimiento y Protección de la Familia en el Marco Internacional

A través del tiempo se ha reconocido a la familia como el núcleo de la sociedad, los Estados mediante sus autoridades públicas han creado políticas internas para otorgarles su reconocimiento y protección dentro de cada uno de sus territorios; más, al reconocer la vital importancia y el gran papel que desempeñan las familias en la sociedad y, al encontrarnos en un mundo globalizado, prácticamente sin fronteras, se ha visto necesario desarrollar políticas de reconocimiento y protección de la familia a nivel internacional.

Es en este punto donde nos encontramos con una complejidad en cuanto a normativa internacional se refiere, puesto que, alrededor del mundo existe una vasta y variada cantidad de ordenamientos jurídicos distintos para cada país y región; podríamos decir que contamos con normativas con características propias y diferentes en cada uno de los continentes; dentro de cada uno de ellos, una multiplicidad de normativa autónoma de cada país, lo que ha causado la imposibilidad de poder contar con un cuerpo normativo homogéneo o instrumento a nivel internacional que regule la materia en cuanto a familia se refiere.

Por otra parte, alrededor del mundo se reconocen a distintos tipos de familias, contando con países que reconocen un número mayor de formas familiares que otros. En consecuencia, un estudio sobre la familia y su protección a nivel internacional debería realizarse en dos ámbitos de organización diferente: uno global y uno regional; esto es, por ejemplo, la ONU (Organización de Naciones Unidas), como organización global y la OEA (Organización de Estados Americanos) como

organización regional. Cada organización con sus propios y diferentes documentos y normativas referentes a la familia y que posteriormente serán expuestos.

Actualmente contamos con varios instrumentos internacionales referentes a derechos del individuo y la familia, de los cuales el Ecuador es parte como estado signatario; tales instrumentos que el Ecuador en ejercicio de su soberanía se ha permitido ratificar, en su mayoría forman parte de las organizaciones internacionales antes mencionadas. Tomando en consideración la estructura de dichos instrumentos internacionales e iberoamericanos referentes a la familia, para abordar el estudio de este tema tenemos que dividirlo en dos aspectos básicos fundamentales como lo son, el concepto y la protección familiar a nivel internacional, aspectos que pasamos a revisarlos.

1.1.1 Concepto Internacional de Familia

Dentro de los organismos internacionales encontramos una pluralidad de países miembros, cada uno con diferente historia, cultura e idiosincrasia; además, cada uno cuenta a su vez con una idea y concepto propio de familia. Es por este motivo que las organizaciones internacionales, han encontrado dificultad de establecer un concepto de familia, de una manera acorde y que identifique a todos o a la gran mayoría de sus países miembros.

La ONU por su parte ha evitado conceptualizar o definir a la familia dada la gran cantidad de países miembros así como la inmensa pluralidad de culturas y tradiciones; por tal motivo, para poder conceptualizar la familia, trataremos lo establecido dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dentro de su artículo 17 nos indica que: *“La familia es el elemento natural y*

fundamental de la sociedad”(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Es decir, no podemos hablar de sociedad sin antes reconocer que la misma está naturalmente fundamentada en la concepción de familia. En segundo lugar cabe analizar que la Convención no establece a que tipo o tipos de familia hace referencia, por lo tanto y ya que no debemos restringir lo que la norma no ha restringido, podemos mencionar que la Convención hace referencia en general a todos los tipos de familia, y ya es deber de cada uno de los Estados dentro de sus legislaciones nacionales internas, delimitar las regulaciones aplicables a cada tipo de familia sin limitar lo establecido en dicho instrumento internacional, esto es; sin crear distinciones o exclusiones de ningún tipo a la familia.

1.1.2 La Protección Internacional a la Familia

Contamos con un claro desarrollo de la protección internacional de la familia dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, la misma que será estudiada mediante el análisis de su artículo 17 que establece que la familia “*debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969). Se trata de una protección bipartita en la cual al referirse a la sociedad en primer lugar, nos vincula a todos y cada uno de los seres humanos sujetos de derecho, por otra parte también menciona al Estado como protector de la familia, el cual es el único facultado para crear leyes y políticas a favor del desarrollo familiar.

Se reconoce además en el mismo artículo, “*el derecho al hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia*”; se prohíbe que dicho matrimonio sea celebrado “*sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*”; además establece que cada Estado garantice la igualdad de derechos y condiciones para cada uno de los cónyuges y prohíbe cualquier tipo de distinción entre “*los hijos nacidos*

fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

La Convención Americana de los Derechos Humanos no solamente da protección a la familia y a sus miembros sino que también hace un reconocimiento al matrimonio como derecho de las personas para poder fundar una familia, otorgándole la debida protección al prohibir que el mismo sea celebrado sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, garantizándoles con posterioridad al matrimonio que puedan gozar de los mismos derechos y condiciones sin ninguna distinción.

Por último el mencionado artículo prohíbe que se realice cualquier tipo de distinción entre los hijos sin importar su origen, ya sean nacidos dentro del matrimonio como los nacidos fuera del mismo, evitando así que se llegue a cometer algún tipo de discriminación y menoscabo de sus derechos producto de etiquetas en cuanto a su calidad como hijos tales como hijos legítimos o ilegítimos y que con la redacción de la Convención se ha eliminado pues considera a todos los hijos como iguales.

1.2 Derecho de Familia.

El Estado mediante su capacidad creadora de derecho, ha definido la normativa tendiente a reconocer y proteger a la familia como centro nuclear de la sociedad.

A éste conjunto normativo relacionado a la familia se lo conoce como Derecho de Familia, para comprender su origen citemos al Dr. Juan Larrea Holguín quien destaca la importancia que tiene para la correcta convivencia humana el Derecho de Familia enunciando que: *“Las dos grandes instituciones sobre las que se*

desarrolla el Derecho Civil son la familia y la propiedad. Ambas constituyen la base de la convivencia civilizada, es decir, de las relaciones humanas ordenadas en la civitas”(Larrea Holguín, 2008, p. 1).

De tal forma, desde este punto de vista, tenemos dos pilares fundamentales sobre los que se desarrolla el Derecho Civil: la familia y la propiedad. Representarían instituciones de naturaleza diversa y, consecuentemente, sus normas poseen caracteres distintos, de tal forma el derecho que regula la familia se destaca tanto del derecho patrimonial, que en algunas legislaciones cuentan con códigos especiales.

Ahondando un poco más, recordemos que Planiol y Ripert al respecto señalaban: “Ninguna otra rama del Derecho toca tan de cerca la moral, la organización de la familia sólo es sólida cuando está fundada sobre un moral rigurosa las reglas que gobiernan el Derecho de Familia son más bien preceptos de moral que normas de Derecho”.

Desde esta visión en el ámbito jurídico comprendemos que se halla desarrollado una nueva rama del derecho “El Derecho de Familia”, la cual es considerada por parte de la doctrina como una rama autónoma, y que tiene por objeto regular las obligaciones y consecuencias jurídicas de las relaciones de familia provenientes del matrimonio y del parentesco, que abarca además el estudio de la Familia y de algunas instituciones complementarias o íntimamente vinculadas con ellas. Esta noción la ampliamos en el siguiente punto.

1.2.1 Noción de Derecho de Familia.

Como lo hemos establecido anteriormente, a nivel internacional nos encontramos con una deficiencia en cuanto al desarrollo de instrumentos internacionales referentes al Derecho de Familia; puesto a que no existe tratado, convención o convenio internacional alguno que contenga un tratamiento integral especializado en Derecho de Familia, dejando esta labor a los sistemas jurídicos internos de cada Estado y que en el caso de nuestra legislación particular, el Derecho de Familia se encuentra regulado en su mayoría por el Código Civil, pero, como es lógico, no nos ofrece ninguna definición legal con lo cual para satisfacer esta necesidad debemos recurrir a la doctrina, la misma que se ha expresado de la siguiente manera:

Para Ragel Sánchez el Derecho de Familia es *“aquella parte del Derecho civil que comprende las ramas relativas a las relaciones de pareja, especialmente las matrimoniales, la filiación y las situaciones que dimanen de la ausencia de personas que ejerzan la patria potestad o se motivan por la restricción de la capacidad de obrar de algún miembro familiar o de la insuficiencia de medios económicos para la subsistencia”*(Ragel Sánchez, 2001, p. 16).

Por otro lado para el profesor Acedo Penco el Derecho de Familia *“es una de las subramas del Derecho Civil, ya que contiene normas, reglas y principios que se aplican al individuo en sus relaciones familiares y en los conflictos surgidos con motivo de éstas, por lo que, al tratarse de relaciones entre particulares, se incardinan dentro del Derecho privado, sin que obste la implicación de ciertos matices de ius cogens”*(Acedo Penco, 2013, p. 25).

Como se puede observar el Derecho de Familia dentro de las definiciones anunciadas anteriormente y en general en las definiciones de otros autores, el elemento central del mismo es la familia y de esta razón surge la dificultad de poder definir tanto al Derecho de Familia como a la familia misma puesto a que esta última constituye una realidad social en constante cambio, tal como lo dice Jorge del Picó Rubio expresando que, *“la concepción de familia, sin referirnos críticamente a su expresión contemporánea, ha tenido una evolución social evidente en el último siglo, al igual que su recepción jurídica, amoldada siempre con retraso a la realidad que ha pretendido intervenir.”*(Del Picó Rubio, 2011, p. 40).

1.2.2 Características del Derecho de Familia

El Derecho de Familia según los doctrinarios más destacados tendría las siguientes características:

a) Son normas de carácter moral, ninguna otra institución de derecho toca tan de cerca la moral. Si bien todas las normas jurídicas tienen cargas morales, es en el Derecho de Familia donde esta carga moral es la más predominante.

b) Los actos que regula el Derecho de Familia son de carácter absoluto, puesto a que los mismos dan origen a determinado estado civil el cual puede oponérsele a cualquier persona.

c) En el Derecho de Familia son las relaciones estrictamente personales las que predominan, dejando en segundo plano en cuanto a importancia a las relaciones patrimoniales.

d) Los derechos que regula, los derechos familiares, son de carácter intransferible, esto supone que, no pueden ser objeto de transferencia mediante contratos o por medio de actos celebrados entre vivos o mortis causae.

e) En el Derecho de Familia predomina el interés social ante el interés individual, a pesar de formar parte del Derecho Privado, el Derecho de Familia y sus relaciones tienen más interés en la colectividad, al considerarse tradicionalmente a la familia como núcleo de la sociedad.

f) Los derechos que nacen de las relaciones de Familia no son cuantificables en cuanto a valor pecuniario, es decir, no son apreciables en dinero a diferencia de lo que sucede con los Derechos Patrimoniales.

g) El Derecho de Familia es de carácter formalista y los actos celebrados se rigen por la ley vigente al momento de su celebración pero sus efectos quedan normados por la ley posterior, a diferencia de los actos y contratos patrimoniales los cuales tanto en celebración como en sus efectos están regidos por la ley vigente al tiempo de su celebración.

1.3 La Familia.

La familia en sentido natural puede entenderse como aquella institución tan antigua como la humanidad misma y que surge con anterioridad al Derecho. Ha sido la naturaleza misma la que ha requerido del ser humano la configuración de una estructura familiar, para poder salir adelante en cuanto a la satisfacción de sus necesidades; partiendo desde la más básica e importante no solo para los seres humanos sino para todos los seres vivos que ha sido desde siempre la prevalencia en el tiempo, necesidad satisfecha mediante la reproducción de las especies y la cual para el caso específico del ser humano, requiere de la formación de un vínculo único, especial de protección y seguridad, puesto a que dada su naturaleza humana, un recién nacido hasta que pueda alcanzar la edad suficiente en la cual pueda valerse por sí solo, requiere de constante atención y cuidados por parte de sus progenitores;

condición que ha llevado a la humanidad a la necesidad de conformar pequeños núcleos los cuales hoy son conocidos como familia.

La familia en sentido jurídico en cambio, se trata de aquella que partiendo del sentido natural, se ha llegado a regular y establecer mediante el ordenamiento normativo Estatal, las condiciones necesarias para la convivencia armónica de los miembros que la conforman, además de establecer las reglas que faciliten la interacción y desarrollo de las familias entre sí, es decir de la sociedad misma.

Para entender la función de la Familia, debemos recalcar que ella ha sido considerada a través de la historia como núcleo de la sociedad y se desenvuelve dentro de ella mediante el cumplimiento de roles o funciones los cuales han ido cambiando de acuerdo a las mismas necesidades de la familia y a su búsqueda por prevalecer en el tiempo, tal como lo explica Jorge del Picó al enunciar que *“en la visión tradicional, muy arraigada en la enseñanza histórica del Derecho de familia, se han distinguido las funciones afectiva, procreadora, cultural, económica y política, adquiriendo preeminencia las dos primeras, pues aseguran la existencia de la familia”*(Del Picó Rubio, 2011, pp. 37-38). Más en la actualidad se pueden apreciar nuevas funciones que desempeñan las familias dentro de la sociedad, las cuales se tratan en primer lugar de la equidad generacional entendida como aquella corresponsabilidad intergeneracional existente entre ascendientes y descendientes; seguida de una segunda función correspondiente a la transmisión cultural, ya que se considera a la familia natural como aquella educadora de sus miembros en temas de costumbres, lengua y hasta creencias religiosas y; en tercer lugar cumple con una función socializadora pues prepara a cada uno de sus integrantes para que puedan

relacionarse y encajar en grupos sociales más extensos existentes en la comunidad en general.

Con estos antecedentes pasemos a analizar el concepto de familia, las relaciones familiares y los sujetos que conforman las relaciones familiares.

1.3.1 Concepto de Familia

Debemos entender a la familia como un fenómeno social, para algunos en constante evolución, con lo cual se puede comprender la dificultad para definirla de manera adecuada a la realidad actual dentro de algún cuerpo normativo en particular, teniendo que recurrir una vez más a lo enunciado por la doctrina y me permito citar algunos autores que se han referido a la familia de la siguiente manera.

Para Henri y Leon Mazeaud la familia se la entiende “como ese grupo de seres humanos conformados por varios sujetos vinculados por el afecto y la sangre que se encuentra sometido a la autoridad de los progenitores”(Mazeaud & Mazeaud, 1959, p. 6).

Por otra parte Guillermo Cabanellas dentro de su diccionario jurídico expresa que la familia *“es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros”*(Cabanellas de Torres, 1998, p. 166).

Dentro del diccionario jurídico de Ruy Díaz la familia es *“la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe. El conjunto de las personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos del parentesco”*(Rómbola & Reboiras, 2007, p. 456).

Por último, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia también presenta dentro de su artículo 96 una definición de familia y cito: *“La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes”*(Congreso Nacional, 2003).

Es a partir de estas ideas anteriormente citadas que podemos colegir que, la familia se trata de un ámbito privado íntimo de personas ligadas entre sí, por lazos de parentesco, filiación o por convivir bajo el mismo techo. Se podría pensar entonces que, dichas relaciones entre los miembros de una familia al tratarse de relaciones tan privadas y cerradas no requieren de la intervención del Estado mediante una regulación normativa o que dicha intervención estatal debiera ser mínima, más sin embargo a partir del papel tan importante que la familia desempeña dentro de la sociedad y más aún por los intereses que dentro de ella se deben precautelar tales como la protección a los menores o garantías para las personas en estado de vulnerabilidad como lo son los adultos mayores; es menester que el Estado a través del Derecho tome medidas en el asunto y realice una intervención profunda con el único fin de regular la armonía de las relaciones entre los miembros de la familia.

Cabe destacar que la familia dentro de nuestro Código Civil, no está definida como tal, salvo para los casos de limitación del derecho de uso y habitación comprendido en el artículo 829¹, pero se refiere a ella en varias ocasiones; tenemos por ejemplo que el artículo 27 se refiere a los parientes de una persona, y se reconocen como tales al cónyuge de dicha persona, los consanguíneos ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo grado. Si bien el artículo 27 no enuncia la palabra familia como tal, puede referirse a pariente como término relacionado a ella.

1.3.2 Relaciones Familiares

Las relaciones familiares en derecho surgen a partir de las interacciones que se establezcan entre los miembros que conforman la familia, los cuales deben estar reconocidos en la norma como parte de esta. Nuestra legislación como se había indicado anteriormente, en el artículo 829 del Código Civil se refiere a la familia y enumera los miembros comprendidos dentro de la familia de una persona señalando a los siguientes: la mujer (o cónyuge en general), los hijos (actuales o futuros), las personas que vivan con ésta, y a costa de la misma; y los alimentarios de dicha persona. Esta enumeración de los miembros que comprenden una familia dentro del Código Civil, se la realizó con el fin de regular el derecho de uso y habitación, *“pero también en el concepto social se considera que esa es la familia de una persona, en sentido amplio, y puede este concepto tener otras aplicaciones jurídicas”*(Larrea

¹ Art. 829.- El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después; y esto, aun cuando el usuario o habitador no estén casados, ni hayan reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.

Holguín, 2008, p. 7). Por lo tanto, dentro de las relaciones familiares que surgen a partir de la interacción de los miembros que conforman la familia están, las relaciones de respeto y socorro de padres entre sí e igual manera entre hijos; las relaciones de enseñanza y protección de padres a hijos, y las relaciones de obediencia y colaboración de hijos a padres.

1.3.3 Sujetos de Derecho de Familia

Los sujetos de Derecho de Familia son aquellas personas a las cuales la ley los considera como miembros conformantes de una familia y a los cuales en virtud de esta calidad, la normativa los ha revestido con un conjunto de derechos y obligaciones a cumplir y desenvolver dentro del ámbito familiar.

Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia enumera a los miembros que conforman la familia biológica, dentro de su artículo 98 que dice: *“Se entiende por familia biológica la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta cuarto grado de consanguinidad”*(Congreso Nacional, 2003). Tenemos entonces que, en relación a los padres de familia se enumeran los demás miembros que son sus descendientes, es decir; sus hijos, nietos, etc.; a sus ascendientes que son; sus padres, abuelos, etc.; y a sus colaterales hasta cuarto grado de consanguinidad que son; sus hermanos, tíos, sobrinos y primos hermanos. Todos estos miembros conformantes de la familia biológica según el Código de la Niñez y Adolescencia son los sujetos que actúan y se desenvuelven dentro del Derecho de Familia.

1.4 Clases de Familia.

A lo largo de la historia con la evolución de la sociedad, los cambios en la cultura y en la manera de pensar de las personas, han ocasionado que los modelos

estructurales clásicos de tipos familiares, es decir los tipos tradicionales de familias conformados por padres de distinto sexo y con hijos concebidos naturalmente, se vean alterados y se haga un reconocimiento más amplio y diverso de tipos familiares, con igualdad de condiciones, deberes y derechos que los tipos familiares tradicionales. Con esto podemos afirmar que, para una buena parte de la doctrina, los modelos tradicionales de familia han dejado de ser los únicos en los últimos tiempos para dar paso a nuevas formas de concepción y reconocimiento de modelos familiares, estos son los llamados tipos familiares modernos.

Para ejemplificar los cambios sobre la idea de familia, podemos decir que, producto de estos cambios culturales varios tipos familiares han tenido que experimentar distintos cambios que a la postre las han llevado a la desaparición, pues su modelo de organización ya no es practicado ni reconocido socialmente así como nos explica María Fernández al expresar que en la antigüedad y más concretamente en la época del imperio romano se podían distinguir dos tipos de familia; la familia *proprio iure* y la familia *communi iure*. La familia *proprio iure* es aquella entendida como aquel grupo de personas sometidas a la autoridad de un *paterfamilias*, ya sea por lazos de descendencia así como por aquellos derivados de ciertos actos jurídicos como el matrimonio o la adopción. En cambio la familia *communi iure* es aquella que se encuentra sometida a la potestad de un anterior *paterfamilias* antes de su muerte o declaración de incapacidad. Como se puede evidenciar estos tipos familiares reconocidos en la antigüedad actualmente carecen de aceptación social, con lo que la mencionada autora concluye que *“ello nos muestra que la familia romana fue un organismo vivo que tuvo que ir adaptándose a las distintas*

circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales con las que se enfrentó”(Fernández Baquero, 2012, p. 153)

Susan Golombok realiza un comentario acerca de estos cambios en los modelos de familia tradicional a través de la historia expresando que: *“A principios del siglo XXI, la unidad familiar ideal de una pareja heterosexual con un matrimonio estable y con hijos concebidos de forma natural se está haciendo cada vez más rara. En efecto, desde que naciera el primer <<niño probeta>>, Louise Brown, en 1978 es posible que un niño tenga cinco padres: la donante de óvulos, el donante de espermia, la madre de alquiler que presta su vientre y los padres sociales que son el papá y la mamá del niño. Y no obstante, por el bien de nuestros hijos, seguimos aspirando a la familia tradicional”(Golombok, 2006, p. 184).*

Podemos dividir entonces a los tipos de familias en dos grupos: el grupo de familias clásicas tradicionales, dentro del cual tenemos a la familia nuclear, la extendida y monoparental; y al grupo de familias modernas o consideradas como atípicas, en el cual constan las familias de hecho, reconstituidas, homoparentales y adoptivas. Los cuáles serán desarrollados a continuación.

1.4.1 Familias Tradicionales

Los modelos tradicionales de familia, son aquellas formas clásicas de organización y conformación de las familias que eran concebidas como un verdadero centro económico y dentro de las cuales se repartían las actividades necesarias para su subsistencia y el posible desarrollo de la familia extendida; actividades que consistían en la educación y el trabajo de cada uno de sus miembros.

Estos modelos clásicos familiares están basados en una organización de autoridad jerárquica reconocida como una práctica común aceptada a través de los siglos y que consistía en un modelo patriarcal que sometía a la mujer e hijos a la autoridad paterna y cuya práctica fue aceptada por la sociedad y tutelado por el legislador mediante la inclusión en el ordenamiento jurídico de reglas rígidas en materia de matrimonio al darle el carácter de indisolubilidad, la desigualdad entre los cónyuges al darle al marido más potestades sobre la mujer, y la desigualdad en la filiación al permitir la discriminación de los hijos reconocidos fuera del matrimonio.

Dentro de estos tipos familiares clásicos podemos distinguir tres modelos diferentes: la familia nuclear, la familia extendida y la familia monoparental que se exponen a continuación.

a) Familia nuclear: Es considerado el tipo familiar básico elemental, surgido a partir del matrimonio. Está conformado por dos cónyuges cabeza de familia y por su hijo o hijos. Los cónyuges son el padre y la madre, es decir, necesariamente serán personas de distinto sexo.

b) Familia extendida: Se trata de la misma familia nuclear pero ampliada a otros miembros que comparten lazos de parentesco. Estos lazos pueden ser por consanguinidad o afinidad. Este tipo de familia está conformada por padre, madre, hijos, abuelos, nietos, tíos, sobrinos y primos.

c) Familia monoparental: En este tipo de familia tenemos solamente a uno de los progenitores que convive con sus hijos; por causa de muerte, divorcio, desaparición o abandono del otro progenitor.

1.4.2 Familias Atípicas

Son modelos familiares que se han ido generando a través de la historia por los cambios y evoluciones sociales, además en atención a la precariedad económica y cambios en el pensamiento cultural de la sociedad así como lo explica Jorge del Picó al enunciar que la modernidad en las formas de familias actuales surgen a partir de las formas familiares clásicas para proteger la *“comunidad familiar de sus amenazas, en tanto que la madre restringe su ámbito de acción a la esfera de la intimidad del hogar. Tanto el padre como la madre ejercen autoridad sobre sus hijos, caracterizándose aquél por su severidad normativa y la madre por el trato afectivo y comprensivo. En la sociedad semirural de la época, caracterizada además por la precariedad económica, la subsistencia familiar exigía la mayor eficiencia de los roles, estructurándolos rígidamente en el ámbito público respecto del padre y en el hogar respecto de la madre”*(Del Picó Rubio, 2011, p. 41)

Podemos entonces enunciar cuatro tipos familiares modernos: la familia de hecho, la familia reconstruida, la familia homoparental y la familia adoptiva las cuales se desarrollan a continuación.

a) Familia de hecho: Se trata de aquella familia en la cual *“los progenitores no están casados, aunque conviven juntos con los hijos de ambos”*(Acedo Penco, 2013, p. 23).

b) Familia reconstituida: O también llamada familia reconstruida, hace referencia a aquellas familias *“en las que puede o no existir matrimonio entre la*

pareja, pero no todos los hijos proceden de ésta, sino también los hay de uniones anteriores, fueren conyugales o no”(Acedo Penco, 2013, p. 23).

c) Familia homoparental: Aquella familia en la cual existe unión y convivencia de personas homosexuales o del mismo sexo.

d) Familia adoptiva: Son todas aquellas familias dentro de las cuales uno o varios miembros que la conforman son de procedencia adoptiva.

1.5 Matrimonio

Durante la historia se le ha considerado a la familia como el núcleo de la sociedad, de igual manera podemos caracterizar al matrimonio como la base de la familia; a pesar de que en la actualidad han ido disminuyendo el número de familias nucleares, unidas por el matrimonio y conviviendo con sus hijos biológicos, este tipo de familia aun representa más de la mitad del total de número de familias conformadas en el Ecuador; por esta razón es imprescindible abordar el tema del matrimonio dentro del presente trabajo, y poder estudiarlo así, como el ámbito común de desarrollo integral de los niños menores de edad.

1.5.1 Definición de Matrimonio

Recojamos varias definiciones otorgadas, por doctrinarios de la materia para poder explicar así la conceptualización del matrimonio. Tenemos entonces que el matrimonio es definido de las siguientes maneras:

Dentro del Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas el matrimonio es: *“Una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la*

perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados”(Cabanellas de Torres, 1998, p. 251).

El jurista Juan Larrea Holguín se refiere al matrimonio como: *“Una institución de Derecho Natural y carácter sagrado, que es sacramento para los católicos, se origina por medio de un contrato solemne, es único e indisoluble y tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y educación de la prole”(Larrea Holguín, 2008, p. 19).*

Por otra parte Medina Pavón indica que el matrimonio es: *“Una institución jurídica promotora y reguladora de la organización familiar derivada de la unión entre hombre y mujer por razón de la satisfacción sexual, la procreación y la crianza de los hijos”(Medina Pabón, 2008, p. 48).*

No podría faltar la definición basada en la jurisprudencia romana que concluyó lo siguiente: *“Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. El matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida, y comunicación del derecho divino y humano”(Betancourt, 2007, p. 411).*

En nuestro Código Civil también encontramos la definición de matrimonio. Definición duramente criticada por varios doctrinarios en especial por el Doctor Juan Larrea Holguín, ya que a raíz de la promulgación por parte del Registro Oficial de la denominada Ley 43, en agosto de 1989; se introdujeron varios cambios en la

institución del matrimonio, de manera especial la modificación de la definición original de matrimonio emanada por Don Andrés Bello, la cual con las modificaciones realizadas por esta Ley 43 y dentro del artículo 81 del Código Civil, quedó de la siguiente manera: *“Artículo 81.-Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”*(H. Congreso Nacional, 2005).

1.5.2 Reseña Histórica del Matrimonio

Podemos comenzar este estudio histórico basado en la investigación del génesis de la palabra matrimonio, a la cual el Dr. Jorge Morales Álvarez hace referencia de la siguiente manera: *“La palabra matrimonio se deriva de la palabra “matris” que significa “madre” y “munium” que significa “carga” o “gravamen”. Llama la atención esta etimología pues sería más lógico que el nombre de la institución derivara del padre que es el jefe del hogar. Parece sin embargo, que con esta palabra se ha querido expresar que las cargas pesadas recaen sobre la madre”*(Morales Alvarez, 1992, p. 122).

Continúa el mismo autor expresando que antes de la aparición del matrimonio como tal, *“una de las formas primitivas de la unión permanente entre los individuos de diferente sexo es la POLIANDRIA o sea el vínculo simultáneo de la mujer con varios hombres. Mucho más extendida fue la POLIGAMIA que supone la unión de hombre con varias mujeres”*(Morales Alvarez, 1992, p. 121).

A lo largo de la historia el matrimonio ha sufrido grandes cambios hasta llegar a su estado actual de dignificación, ya que en sus orígenes, el matrimonio fue un instrumento utilizado para intereses patrimoniales antes que personales; los

primeros matrimonios consistían en un verdadero negocio, eran arreglados por parte de los padres de los futuros contrayentes en base a intereses patrimoniales los cuales tenían que ver con la finalidad de cerrar un buen trato y así poder surgir o acomodarse económicamente. Los padres tal y como un verdadero comerciante lo hace con sus mercancías, ofrecían a sus hijas al mejor postor, los hombres en cambio lo que buscaban con el matrimonio era poder asegurar su descendencia y así poder heredar sus pertenencias y que éstas no queden sin herederos y sean acreditadas a terceros por parte del Estado; para esto, conseguir procrear un primogénito varón era lo ideal, y hasta socialmente bien visto pues era una demostración de “verdadera virilidad”.

Posteriormente con la llegada del Cristianismo, se comenzó la difícil tarea por parte de la Iglesia, de dignificar el matrimonio, y lo más importante gracias a ella se pudo lograr darle un carácter sacramental y por lo tanto, el matrimonio pasó a ser un vínculo indisoluble de parejas de distinto sexo; aunque hay que mencionar que dentro de la sociedad musulmana y con sustento en el Corán, aún está permitida la poligamia, pero en la práctica se puede apreciar que este tipo de unión está reducido a un número pequeño de practicantes ya que en realidad mantener este tipo de vínculo conlleva un gasto económico por demás elevado por parte del hombre.

Acercándonos históricamente más a lo que el matrimonio ha representado en el Ecuador, debemos mencionar que desde los inicios de la época de colonización, las leyes españolas vigentes para la República, reconocían a dicha institución, como una institución basada en el Derecho Canónico; y más aún, a raíz de la independencia, el Ecuador conjuntamente con otros países de la región adoptaron el

Código Civil de Andrés Bello, el mismo que se adaptaba plenamente a la sociedad de aquella época en el país, representada en una gran medida casi totalitaria por la religión Católica que inclusive fue declarada como religión oficial en el territorio ecuatoriano; donde además dicho código concedía en materia de matrimonio a la Iglesia Católica la facultad de resolver sobre la existencia o no del matrimonio civil.

El divorcio estaba limitado únicamente para los casos de adulterio cometidos por parte de la mujer, y las personas que habían de divorciarse estaban condicionadas a poder volver a contraer matrimonio solo después de transcurridos diez años de divorciados.

Con la época liberal y la desvinculación del Estado con la Iglesia Católica, al ser declarado un Estado laico; el matrimonio toma otro rumbo, y la decisión de validez o disolución del mismo pasaba a manos del propio Estado a través de sus servidores públicos. Para inicios del siglo XX se aumentaron las causales de divorcio y además se incluyó el divorcio por mutuo consentimiento. Finalmente no se añadieron cambios significativos para dicha institución sino hasta el año 1989, fecha en la cual con la denominada Ley 43 y la lucha social de conseguir mayor igualdad para las mujeres con respecto a los hombres, se incluyen varios cambios entre los cuales tenemos al más importante conducente a modificar el concepto del matrimonio y ampliar así las posibilidades de divorcio. El profesor Juan Larrea Holguín es duro al comentar la Ley 88 del año 1990 expresando lo siguiente: *“la Ley 88 corrigió algunos errores técnicos de la Ley 43, pero no enmendó lo más grave; lo relativo al divorcio ni la supresión injustificada de la Separación Conyugal judicialmente autorizada, de este modo, se ha consumado la máxima degradación de*

nuestra legislación matrimonial”(Larrea Holguín, 2008, p. 18). Quedando de esta manera la institución del matrimonio dentro de nuestro Código Civil.

1.5.3 Caracteres del Matrimonio

Varios juristas caracterizan al matrimonio por lo siguiente:

a) El matrimonio es base de la familia: No se puede hablar de familia, sin tocar el tema del matrimonio, aunque en la actualidad ha disminuido el número de familias nucleares con bases sentadas en el matrimonio; se puede aún evidenciar que este tipo de familias representan la mayoría, y esto se ha logrado a partir de la dignificación del matrimonio por parte de la Iglesia en los comienzos de la República Ecuatoriana. El matrimonio en el siglo pasado era considerado verdaderamente una unión sólida fuerte, estable y para toda la vida; inclusive la redacción original del código de Andrés Bello en su artículo 81 definía al matrimonio como un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida. Estas características de actual, indisolublemente y para toda la vida han sido suprimidas con lo cual el matrimonio y las familias nucleares han cedido el paso al divorcio y la destrucción de hogares.

b) El matrimonio es institución de derecho natural: La aparición del matrimonio supone una institución mucho más antigua que el Estado mismo. Los primeros seres humanos antes que creadores de derecho lo que buscaban era la preservación de la especie y su trascendencia en el tiempo, mediante la unión y reproducción de parejas las cuales eran consideradas formas primitivas de matrimonio. Los primeros tipos de organizaciones humanas eran organizaciones familiares con bases en el matrimonio como uniones estables que dieron paso a la

aparición de los Estados encargados de regular todas estas relaciones humanas basados en la creación del derecho positivo.

c) El matrimonio es de carácter sagrado: Como ya hemos afirmado el matrimonio supone una institución anterior al Estado, y de esta verdad podemos analizar que al ser más antiguo, el matrimonio no se celebraba en presencia de autoridades públicas como modernamente acontece; sino que la costumbre llevada a cabo por las sociedades primitivas en todo el mundo era la de celebrarlo mediante la realización de ceremonias religiosas cargadas de rituales, sacrificios y llevadas a cabo con la intervención de sacerdotes. Esta característica lleva al matrimonio a asentarse en el plano religioso antes que en lo meramente civil del Estado.

1.5.4 Efectos del Matrimonio

Es preciso mencionar que para un verdadero ambiente óptimo de desarrollo de los menores dentro de una familia constituida en base a los lazos del matrimonio; los padres deben cumplirse mutuamente una serie de deberes conducentes a facilitar la convivencia estable y adecuada tanto en lo jurídico como en lo emocional dentro de un hogar, y que así de esta manera se puedan garantizar el cumplimiento de todos los derechos a los que los menores gozan en virtud de su interés superior; dichas obligaciones que deben cumplir los cónyuges se desarrollan a partir de los efectos del matrimonio.

Nuestro Código Civil enuncia en el último inciso de su artículo 136 que: *“Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque, por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común”*(H. Congreso Nacional, 2005).

Los efectos del matrimonio jurídicamente hablando, entre los cónyuges se producirán principalmente bajo dos ámbitos: el de sus relaciones personales que desempeñan bajo la calidad de cónyuges y en el ámbito patrimonial o económico.

1.5.4.1 Efectos Personales del Matrimonio

Dichos efectos personales surgen a partir de lo establecido en los artículos 81 y 136 del Código Civil y son los siguientes:

a) Deber de fidelidad: El artículo 136 del Código Civil establece que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad; éste deber de fidelidad debe ser mutuo por parte de los cónyuges. Se trata de un deber que trasciende el plano de lo jurídico para encausarse en lo estrictamente moral. Los cónyuges tienen el deber de tratarse mutuamente como tales, no se puede tratar a otra persona como cónyuge si no lo es; y únicamente entre ellos se les está reservado el derecho de procreación. No se puede mantener relaciones íntimas sexuales por parte de un cónyuge con otras personas fuera de su matrimonio, este acto inmoral y totalmente en contra de la naturaleza y los fines del matrimonio inclusive está sancionado por el Derecho; ya que a partir de esta circunstancia, el cónyuge ofendido podría solicitar el divorcio, y aunque esta sanción lejos de ser un verdadero castigo muchas de las veces termina siendo un premio para el cónyuge adúltero ya que con el divorcio queda libre y capacitado para contraer nuevamente matrimonio.

b) Deber de convivencia o cohabitación: Tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 81 del Código Civil, tenemos que otro deber mutuo de los cónyuges es el de vivir juntos; y se establece este deber como un fin mismo del matrimonio, puesto a que el matrimonio se contrae para instaurar una vida en común.

El matrimonio no tendría razón de ser si los cónyuges vivieran cada quien en un domicilio diferente, además que ni los otros deberes de fidelidad y de socorro serían posibles de cumplir. El deber de cohabitación también es importante para proteger el interés superior de los hijos menores en el caso de haberlos ya que permite que estos se desarrollen íntegra y positivamente en un ambiente familiar bajo un mismo techo.

Antes de la anteriormente mencionada Ley 43, el ex artículo 137 del Código Civil obligaba a la mujer a vivir con el marido y seguirlo a donde quiera que traslade su residencia salvo excusa razonable calificada por el juez; en cambio el actual artículo 137, sustentado en la búsqueda de la igualdad de condiciones para hombres y mujeres, faculta a ambos cónyuges a fijar de mutuo acuerdo su lugar de residencia. Este cambio no hace más que afirmar que los cónyuges deben vivir juntos.

c) Deberes de socorro y ayuda mutua: El artículo 136 del Código Civil establece como deber para los cónyuges el de socorrerse y ayudarse mutuamente. El deber de socorro puede entenderse como la prestación en especie o dinero de las cantidades necesarias para la vida, es decir se trata de la prestación de alimentos que debe un cónyuge al otro.

Para Larrea Holguín el deber de ayuda es *“algo mucho más amplio, que va desde el apoyo moral, sentimental, de consejo y compañía, hasta el cuidado material de la persona, del hogar, los hijos, y los negocios o trabajo del otro cónyuge, en una palabra, la ayuda mutua consiste en la compenetración total de las dos vidas para hacer una sola y afrontar todos los problemas de la existencia como si ambos fueran uno solo”*(Larrea Holguín, 2008, pp. 134-135).

1.5.4.2 Efectos Patrimoniales del Matrimonio

Doctrinariamente se han establecido varios regímenes patrimoniales que surgen de la celebración del matrimonio, pero los más destacados y de uso más frecuente son los siguientes:

a) Régimen de la absorción de la personalidad económica de la mujer por parte del marido: Dentro de éste régimen se establece que la totalidad del patrimonio de la mujer pase a manos del marido y que sea éste sea el nuevo propietario administrador de todo, bajo esta calidad podría disponer libremente de todo el patrimonio, ya que a su vez tiene que soportar además todas las cargas del hogar y es el responsable de asumir las deudas del mismo. Este tipo de régimen era el practicado por el antiguo derecho romano para los matrimonios; régimen que en la actualidad ha sido derogado por el derecho moderno.

b) Régimen de la conservación de bienes: En este tipo de régimen patrimonial, cada cónyuge conserva la totalidad de los bienes adquiridos antes de contraer matrimonio, y además cada uno conserva el dominio de todos los bienes adquiridos con posterioridad al matrimonio; de igual manera todos los gastos y deudas corren por cuenta propia de cada uno de los cónyuges que haya contraído la obligación.

c) Régimen de la comunidad de bienes: Este tipo de régimen de comunidad de bienes admite dos variantes.

La primera variante corresponde al régimen de comunidad universal, en donde todos los bienes presentes y futuros de cada uno de los cónyuges pasan a

pertenecen a ambos, es decir una vez contraído el matrimonio todos los bienes formarán parte de un solo patrimonio del cual ambos cónyuges son dueños en partes iguales, y por tal motivo de darse el caso de disolución del matrimonio, cada uno de los cónyuges llevará consigo la mitad de la totalidad de los bienes sin considerar su origen.

La segunda variante corresponde al régimen de comunidad relativa, dentro del cual se debe hacer la distinción de tres grupos diferentes de bienes; los bienes propios del marido, los bienes propios de la mujer y los bienes adquiridos por ambos con posterioridad al matrimonio, los cuales también son conocidos como gananciales. Estos tres tipos de bienes pasan a formar parte de un solo conjunto de bienes sociales a los cuales se los conoce como sociedad conyugal y que surge a partir de la celebración del matrimonio. Los bienes propios de cada cónyuge pasan a formar parte del haber relativo de la sociedad conyugal, mientras que los gananciales lo serán del haber absoluto de la misma. En caso de disuelta la sociedad conyugal, los bienes del haber relativo se devolverán a cada cónyuge según su aporte, mientras que el patrimonio del haber absoluto será dividido en partes iguales entre los cónyuges. Este tipo de régimen de comunidad de bienes del matrimonio es el tipo reconocido y ejercido por nuestra legislación.

1.6 Divorcio

El artículo 105 del Código Civil establece las causas de terminación del matrimonio, y enuncia a la nulidad, a la muerte natural o presunta de uno de los cónyuges y al divorcio. Cabe aclarar que el divorcio para los fines del presente trabajo de investigación, será la única causa de terminación del matrimonio que la

estudiaremos, ya que las demás formas de terminación del matrimonio suponen la muerte o desaparición de uno de los cónyuges; en cuyo caso no existiría un conflicto entre progenitores por determinar la patria potestad ni la tenencia de los hijos habidos en el matrimonio en el caso de existir.

De igual manera para el caso de nulidad del matrimonio, los efectos que produce la misma serían de restablecer las cosas a su estado anterior teniendo como problema la imposibilidad de aplicar este mismo efecto para el caso de que existan menores de edad habidos dentro del matrimonio aunque éste haya sido nulo. En tal caso y al igual que en el divorcio se deberá en primer lugar resolver la situación del menor antes de procederse a dictar sentencia. Podemos concluir además que los casos de nulidades de matrimonio son muy excepcionales y escasos hoy en día, con la aparición de la tecnología y creación de bases de datos a nivel nacional, se ha podido evitar que en el registro civil se celebren matrimonios viciados por cualquiera de las causales de nulidad.

De igual manera se incluirá en el presente tema, el estudio de los efectos que genere la terminación del matrimonio por parte de los ex-cónyuges y de parte de los hijos hacia sus padres y viceversa.

1.6.1 Concepto de Divorcio

Podemos tomar algunas definiciones del divorcio otorgadas por la doctrina partiendo por lo expresado por Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico de la siguiente manera: *“Del latín divertían, del verbo divertcre, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos”*(Cabanellas de Torres, 1998, p. 133).

Por otro lado Acedo Penco define al divorcio como “el mecanismo jurídico a través del cual se decreta, por la autoridad competente, la disolución de cualquier matrimonio, en vida de los contrayentes, sea cual fuere la forma de su celebración, pero del que se desprendan efectos civiles, y debiendo ser instado, en exclusiva, por la libre voluntad de solo uno, o de ambos cónyuges”(Acedo Penco, 2013, p. 89).

Continuando con lo dicho por Larrea Holguín en cuanto al divorcio “se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este fenómeno puede producirse como un simple hecho, o acto antijurídico, al margen de la ley, o bien estar regulado por ella en cuanto a sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias” (Larrea Holguín, 2008, p. 78).

Por último para Camacho de Chavarría “El divorcio es la ruptura en vida de los esposos, del vínculo matrimonial, mediante sentencia declarada judicialmente. La iglesia católica se ha opuesto siempre al divorcio por considerar que está contra sus dogmas y preceptos religiosos, ya que no es dable para el hombre separar lo que Dios ha unido” (Camacho de Chavarría, 2004, p. 71).

En conclusión podemos decir que el divorcio es la terminación del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial, con lo cual quedan los cónyuges libres de continuar ejerciendo los derechos y cumpliendo las obligaciones propias del matrimonio

1.6.2 Historia del Divorcio

La institución del divorcio como tal tiene sus orígenes en Europa así lo expresa el profesor Jorge Morales en las siguientes líneas: *“El divorcio es una institución que se introduce en los ordenamientos jurídicos europeos especialmente a través de la Reforma Protestante; su proceso se acelera a partir del siglo XVIII a impulsos de la Revolución Francesa y se consolida definitivamente en el Estado Liberal que nace en el año 1850”*(Morales Alvarez, 1992, p. 165).

En la antigüedad de la sociedad a finales del año 3000 A.C. más concretamente en la época del código de Hammurabi, se reconocía esta institución del divorcio pero era muy restringida para ciertos casos específicos y comprendidos en dicho código.

Posteriormente en el antiguo Derecho Romano, las uniones maritales característicamente eran indisolubles y más aún por motivo de que la celebración de estas uniones suponían la completa absorción del marido de la totalidad de la personalidad de la mujer; esto hacía que los casos de separación sean sumamente escasos ya que el poder que ejercía el hombre sobre la mujer impedía que ésta lo dejase o separase de él.

Para la época de la República en el Imperio Romano, a partir de los grandes cambios políticos y sociales que el imperio experimentaba, se fueron incrementando los casos de divorcio, tanto que se los permitía llevar a cabo inclusive sin testigos ni formalidad alguna, bastaba únicamente la voluntad de uno de los cónyuges de divorciarse. Hecho por el cual generó la necesidad al gran emperador Justiniano de

tomar la decisión de regular el divorcio incluyéndose un conjunto de causales para su efecto.

Para la Iglesia Católica en cambio y con sustento en que el matrimonio es de derecho natural y un vínculo divino sacramental y para toda la vida, en un principio prohibió toda forma de separación, bajo la premisa de que “lo que Dios ha unido, el hombre no lo debe separar”. Premisa que en la actualidad queda un poco trastocada mediante el Código Canónico en el cual dentro de su Capítulo IX del Título VII de la Parte I del Libro IV, se establece el artículo correspondiente a la disolución del matrimonio con lo cual aunque de manera muy restringida permite un tipo de separación de los cónyuges.

Históricamente se considera a la Revolución Francesa como el hecho cumbre que llevó a la difusión y aceptación del divorcio a nivel mundial.

De igual manera en el Ecuador, históricamente con el primer Código Civil, no se reconocía el divorcio como tal, pero es indudable que la sociedad cambia; y no podemos ser ajenos a ese cambio global que lo que ha conseguido es influenciar cambios en la normativa nacional siendo uno de los más reconocidos el de la institución del divorcio, que apareció en el año de 1902 pero solo para los casos de adulterio cometidos por la mujer, posterior y progresivamente se han ido incluyendo más causales de terminación del matrimonio mediante divorcio, además del divorcio por mutuo consentimiento, y los cuales en la actualidad los tenemos establecidas en el parágrafo 2o. del Título III, del Libro I del Código Civil.

1.6.3 Clases de Divorcio

Dentro de nuestra legislación están reconocidos dos tipos de divorcio. Por un lado el divorcio consensual y paralelamente el divorcio contencioso. Cabe mencionar además que podría surgir una tercera tendencia de divorcio, conocido como el divorcio unilateral o aquel en donde basta la sola voluntad de uno de los cónyuges para su efecto; aunque este tipo de divorcio actualmente en el Ecuador se ve lejos de llegar a su reconocimiento y regulación normativa.

Tenemos entonces:

a) Divorcio consensual: O divorcio por mutuo consentimiento, es aquel divorcio en el cual ambos cónyuges acuden ante la autoridad del juez competente para que, expresando de manera libre su voluntad de divorciarse, sea declarado disuelto su vínculo matrimonial. Este tipo de divorcio encuentra sustento bajo el principio en virtud del cual, en el Derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen; principio al cual Juan Medina Pavón hace referencia dentro del divorcio consensual y lo critica de la siguiente manera: *“En ninguna legislación moderna fue fácil admitir que en el matrimonio tenía cabida el principio en Derecho las cosas se deshacen como se hacen, pero las tendencias liberales y especialmente anticlericales del siglo XX terminaron imponiéndose en prácticamente todo el mundo occidental, que hoy admite el disenso en el matrimonio sin mayores condicionamientos”* (Medina Pavón, 2008, p. 262).

La doctrina señala que el divorcio consensual al tratarse de un trámite de jurisdicción voluntaria, no se lo debe plantear en forma de demanda sino debe ser hecho a manera de solicitud conjunta por parte de los cónyuges. El artículo 107 del

Código Civil que faculta el divorcio por mutuo consentimiento expresa lo siguiente: *“Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil (actualmente ante el juez de la familia) del domicilio de cualquiera de los cónyuges:*

- 1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;*
- 2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,*
- 3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos”*(H. Congreso Nacional, 2005).

El divorcio consensual en la práctica, ocurre con menor frecuencia que el contencioso y se lo introdujo en la legislación ecuatoriana mediante la Ley del 26 de septiembre de 1910. Por último cabe considerar que después de haberse llevado a cabo este tipo de divorcio por parte de los ex-cónyuges, cada uno de ellos queda plenamente facultados para volver a contraer matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en el Código Civil.

b) Divorcio contencioso: O también conocido como divorcio causal, es una de las dos formas previstas por la ley, para dar por terminado el matrimonio.

Este tipo de divorcio surge a partir de la no conciliación por parte de los cónyuges de disolver su vínculo matrimonial dentro del cual han surgido hechos lo

suficientemente graves como para impedir la armoniosa continuidad de una vida en pareja por parte de los ellos.

Se basa en la petición o demanda que realiza uno solo de los cónyuges ante la autoridad competente, en este caso el juez de familia, para que dirigida en contra del cónyuge ofensor, sea declarado disuelto el vínculo matrimonial, de comprobarse cualquiera de las causas previstas en el artículo 110 del Código Civil.

La primera regulación del divorcio causal en la legislación ecuatoriana a principios del siglo XX, únicamente preveía como causal al adulterio de la mujer, pero en la actualidad la ley contempla 9 causas diferentes consideradas lo suficientemente graves como para en virtud de cualquiera de ellas poder declararse disuelto el matrimonio. Las causales previstas en el Código Civil (Art. 110) son las siguientes: *“Son causas de divorcio:*

- 1. El adulterio de uno de los cónyuges.*
- 2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*
- 3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.*
- 4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.*
- 5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.*
- 6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.*
- 7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.*
- 8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.*

9. *El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos*”(Asamblea Nacional, 2015)

Es así como en a partir del siglo XX a la actualidad dentro de nuestra legislación se ha llegado a minimizar la verdadera importancia y solidez que debe poseer la institución del matrimonio desnaturalizándola y llevándola a la fragilidad de poder ser destruida y terminada mediante la comprobación de nueve causales diferentes cuando en sus orígenes y dada la verdadera importancia del matrimonio en la sociedad se permitía solamente una, el adulterio.

1.6.4 Efectos del Divorcio

Nos referimos a los efectos que produce el divorcio citando las palabras de Juan Medina Pavón expresando que: *“Los cónyuges divorciados dejan de estar casados, lo que implica que entre ellos ya no se generarán las obligaciones propias del matrimonio y cada uno podrá tomar su camino, tanto real como jurídicamente. La disolución del matrimonio es definitiva y no tiene prevista la reconciliación, por lo que, de pretenderse de nuevo la unión, los cónyuges deberán contraer de nuevo matrimonio”*(Medina Pabón, 2008, p. 266).

El jurista Juan Larrea Holguín establece dos tipos diferentes de efectos que produce el divorcio, el efecto con respecto de los cónyuges y el efecto respecto de los hijos, distinción a mi parecer muy acertada y válida para el presente trabajo de investigación al incluir a los menores dentro de esta clasificación, que podrían ser los más vulnerables o afectados por motivo de un divorcio o separación matrimonial de sus progenitores. Comienzo desarrollando cada uno de los efectos:

1.6.4.1 Efecto del Divorcio respecto de los Cónyuges.

a) Del artículo 106 del Código Civil, se puede colegir el primordial efecto que genera el divorcio con respecto a los cónyuges y que lógicamente es, la ruptura del vínculo matrimonial. Este efecto se perfecciona con la inscripción en el registro civil de la sentencia ejecutoriada, inscripción con la cual ambos cónyuges adquieren un nuevo estado civil; el estado civil de divorciados.

Con la sentencia ejecutoriada más la respectiva inscripción en el Registro Civil de la misma, los ex-cónyuges quedan facultados para volver a contraer nupcias nuevamente. Con la excepción de que la mujer que se ha divorciado tendrá que esperar 300 días a partir de la media noche del día en que quedó ejecutoriada la sentencia o caso contrario que demostrar científicamente e inequívocamente que no se encuentra en estado de embarazo. Esta limitación se la establece para evitar dificultades o equivocaciones en cuanto a la posterior determinación de la paternidad del niño en gestación.

b) Según el artículo 189 de nuestro Código Civil, el segundo de los efectos de la terminación del matrimonio es la disolución de la sociedad conyugal; la misma que por ministerio de la ley se formó al momento de celebrado el matrimonio y que llega a terminar en virtud de un principio común del Derecho en el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La sociedad conyugal al ser accesorio al matrimonio sigue la suerte de éste, y aquel patrimonio constituido al celebrarse el matrimonio, deberá ser debidamente

repartido en caso de divorcio siguiendo las reglas correspondientes establecidas en la normativa.

c) Como tercer efecto del divorcio se terminan las obligaciones recíprocas que se debían los cónyuges; tales como los deberes de convivencia, protección, obediencia; además de los derechos de sucesión mortis causa y todos aquellos deberes relacionados con éstos; pero es importante mencionar que a pesar del divorcio se mantienen los vínculos de parentesco afín con la familia del otro cónyuge, es decir; calidades como suegros, cuñados etc. legalmente se mantienen.

d) El artículo 114 del Código Civil, contempla otro efecto del divorcio con respecto a los cónyuges, el cual establece que el cónyuge inocente tendrá derecho a que se le restituya las donaciones hechas al cónyuge culpable de incurrir éste en la causal por la cual se plantea el divorcio.

e) En virtud del divorcio, cesan todas las prohibiciones contractuales que mantenían los cónyuges durante el matrimonio, es decir, una vez divorciados podrán celebrar cualquier tipo de contrato y vincularse mutuamente a cualquier prestación u obligación que se les tenía prohibido durante el matrimonio.

f) De existir un solo bien social destinado a la vivienda de los cónyuges o si estos durante el matrimonio han arrendando un inmueble para habitar; será potestad del juez, determinar a cargo de quien se deba quedar dicho inmueble. En el caso de existir hijos menores de edad o minusválidos el juez deberá asignar el bien al cónyuge con el cual dichos hijos han de quedarse a cargo.

g) Con la declaración de divorcio, la mujer pierde el derecho a identificarse usando el apellido de su ex-marido.

1.6.4.2 Efectos del Divorcio respecto de los Hijos

Los efectos del divorcio con relación a los hijos son:

a) Convención de los padres sobre la situación de los hijos previo o durante el divorcio: Los hijos que aún están al amparo de sus padres, los cuales han decidido divorciarse, tienen el derecho de que se arregle su situación jurídica como los alimentos o la patria potestad, previo a la declaratoria de divorcio. La ley faculta que esta situación a la cual quedarán sometidos los hijos se lleve a cabo mediante la conciliación de los padres en audiencia, para lo cual, de darse el caso de acuerdo entre los progenitores y verificando el juez que la decisión no sea gravosa para el hijo del cual prima y se debe precautelar su interés superior, dará paso a dicha decisión y la misma se hará efectiva en el momento de dictada sentencia.

b) A falta de convención entre los padres se atenderán a normas rígidas para resolver la situación de los hijos: El juez al evidenciar la imposibilidad de conciliar entre los cónyuges al momento de decidir la situación de los hijos atenderá a las siguientes reglas: 1) los hombres impúberes y las hijas de cualquier edad deberán necesariamente quedar al cuidado de su madre; 2) los hombres de edad menores adultos, podrán elegir bajo el cuidado de que progenitor desean quedar; 3) no podrá el hijo, quedar bajo el cuidado de aquel progenitor declarado inhabilitado física o moralmente para esta tarea o que haya contraído nuevo matrimonio; 4) a falta de los padres, se entregará a los hijos a la persona facultada para ejercer la guarda legítima; y, 5) a falta de todos los anteriormente mencionados, el juez deberá designar la

institución a la cual deberán ser internados los hijos o procederá a establecerlos bajo colocación familiar.

c) El progenitor al cual se le haya asignado el cuidado del hijo, por parte del juez posterior al divorcio, perderá el cuidado del mismo, en el caso de contraer nuevas nupcias; ésta reclamación la podrá realizar el otro progenitor siempre y cuando esté habilitado física y moralmente para ejercer el cuidado.

1.7 Parentesco

Al vivir en familia, una persona crea lazos afectivos que lo unen o vinculan con los otros miembros de su familia, a los cuales en virtud de la convivencia establecida entre ellos, los lleva a considerarlos como parientes y tratarlos como tales; este es el sentido de la palabra parentesco. No se puede tocar el derecho de familia, dejando a un lado al estudio de los parientes de una persona; para lo cual se procederá a definir el parentesco y establecer sus clases.

1.7.1 Concepto de Parentesco

Partimos la tarea de conceptualizar el parentesco comenzando por lo expresado por Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico que define al parentesco como: *“Relación recíproca entre las personas, proveniente de la consanguinidad, afinidad, adopción o la administración de algunos sacramentos. Esa amplia fórmula comprende las cuatro clases principales de parentesco: la de consanguinidad o natural, el de afinidad o legal, el civil y el espiritual o religioso”*(Cabanellas de Torres, 1998, p. 293).

Por otro lado nos quedamos con la definición de Ángel Acedo Penco acerca del parentesco, el cual lo delimita como: *“el « vínculo por consanguinidad, afinidad,*

adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta». También puede definirse, manera más amplia, como la relación que existe entre varias personas derivadas de la posición que cada una de ellas ocupa en una familia concreta. Se llama «parientes» a quienes, al margen del contacto entre ellos, están unidos por una relación familiar determinada”(Acedo Penco, 2013, pp. 32-33).

1.7.2 Clases de Parentesco

El parentesco surge de tres tipos de relaciones diferentes: por consanguinidad, adopción o afinidad, los cuales se detallan a continuación:

a) Parentesco por consanguinidad: Este tipo de parentesco es aquel en virtud del cual a dos o más personas los une un vínculo de sangre de sangre; el mismo que puede darse de dos maneras diferentes: 1) en línea recta, que es aquel vínculo de sangre que une a las personas que descienden directamente de otras; este el caso de los padres con sus hijos, nietos etc. este tipo de parentesco es el más importante y aquel que mayores efectos jurídicos produce; y, 2) en línea colateral, que es aquel parentesco que comparten dos o más personas que no descienden directamente el uno del otro sino que descienden de un mismo antepasado en común, éste es el caso de los hermanos, primos, tíos y sobrinos.

b) Parentesco por adopción: En este tipo de parentesco dos o más personas no comparten vínculos de sangre en común, pero en virtud de la institución jurídica de la adopción; a la luz del Derecho son tratados como si compartieran los mismos vínculos del parentesco consanguíneo y por lo tanto producen los mismos efectos jurídicos.

c) Parentesco por afinidad: Aquel vínculo que surge a partir del matrimonio. Se puede afirmar que los cónyuges no son parientes entre sí, pero en virtud de haber celebrado entre ellos el contrato matrimonial, pasan a ser considerados como parientes de los consanguíneos de su otro cónyuge. Es así como surgen los padres políticos o suegros, los hermanos políticos o cuñados etc. Muchas veces se lo considera como un vínculo jurídico muy débil, pero de igual manera generador de efectos en derecho.

1.8 Filiación

La evolución de la sociedad, la persistencia y permanencia de las personas a través del tiempo, no se podrían lograr sin la existencia del milagro de la reproducción humana; que da origen a aquel vínculo íntimo especial y tan importante para la hombre y el derecho como lo es, la relación en virtud de la cual una persona procrea a otra (relación de filiación).

Esta relación es la que mantienen padres e hijos, relación que los vincula jurídica y afectivamente para toda la vida y cuya denominación y efectos son los siguientes:

1.8.1 Concepto de Filiación

El Doctor Juan Ramírez en su diccionario jurídico define a la filiación como: *“el vínculo de padres a hijos. Alude a las distintas clases de hijos: legítimos, ilegítimos, naturales, adoptivos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos etc”*(Ramírez Gronda, 1942, p. 140).

Acedo Penco en cambio hace referencia a los vínculos existentes por filiación de la siguiente manera: *“Se trata, por tanto, cuando la filiación es de sangre, de la*

relación biológica existente entre las madres y sus hijos/as, y entre los padres y sus hijos/as. No apareciendo vínculos biológicos, existen otros supuestos en los que, legalmente, en determinadas circunstancias, la ley atribuye tal vínculo entre padres e hijos”(Acedo Penco, 2013, p. 193).

Nuestro Código Civil enuncia a la filiación en su artículo 24 y establece además los tres tipos de filiación reconocidos en nuestra legislación; la filiación natural o biológica, la reconocida por el padre, la madre o por ambos y la declarada judicialmente. Tenemos entonces:

“Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;

b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,

c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre”(H. Congreso Nacional, 2005).

Se puede entender entonces que la filiación hace referencia a la relación existente entre padres e hijos, cuyo vínculo se da por la procreación o el reconocimiento legal de uno al otro; y que para el Derecho de Familia se trata de la relación más importante, y de la cual surge un abanico de derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos.

1.8.2 Efectos de la Filiación.

Son varios los efectos que produce la filiación pero recogiendo los más comúnmente enunciados por la doctrina tenemos los siguientes:

a) Igualdad entre los hijos: Este principio esta constitucionalmente protegido, por nuestra carta magna en el numeral 6 del artículo 69 que expresa lo siguiente: *“Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”*(Asamblea Constituyente, 2008).

b) Atribución de los apellidos: Como consecuencia de la filiación tenemos que se garantiza al hijo a tener una identidad basada en nombre y apellido; este último será compuesto por el primer apellido paterno más el primero materno.

c) Deber de alimentos: Los progenitores están en la obligación de brindar el sustento y alimentación necesarias para el correcto desarrollo de su hijo.

d) Deber de protección y cuidado: Los progenitores serán responsables del desarrollo integral de los hijos, así como todos los demás deberes anexos a éstos, como lo son los de vivienda, educación etc.

Capítulo II: El Interés Superior del Niño en el Ámbito Internacional y Nacional

2.1 Nociones Preliminares

Para poder abordar el estudio de lo que es el interés superior del niño y de lo que éste principio representa, previamente debemos considerar los aspectos básicos y denominaciones primarias conducentes a esclarecer el sentido que debemos darle a este principio; para lo cual en primer lugar se lo debe identificar y diferenciar de una de las ramas del Derecho, como lo es el Derecho de la Niñez y Adolescencia, con el que muchas veces se lo confunde.

Se entiende entonces al Derecho de la Niñez de la siguiente manera: *“Es aquel régimen jurídico, establecido en el Ecuador, amparado en la legislación nacional e internacional, con la finalidad de aplicar políticas en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, garantizando y proporcionando el respeto a sus derechos, por parte de la autoridad pública y/o privada, para alcanzar su completo desarrollo físico, biológico, psicológico, social y cultural de una persona generalmente menor que requiere ayuda de sus padres, integrantes de la familia, la sociedad y el Estado”*(Guaraca Duchi, 2012, p. 29); mientras que el interés superior del niño, no se trata de una rama del derecho, sino que es un principio de interpretación del Derecho positivo; se trata de una directriz que está por encima y desborda al Derecho de los menores en especial, y pasa a formar parte del mundo jurídico en general.

Conforme Juan Cabrera Vélez se dice que: *“el interés superior del niño es un principio reconocido universalmente en todas las legislaciones modernas del mundo. Tenemos así por ejemplo que en el Derecho Anglosajón se lo conoce como “best interests of the child”; en la doctrina francesa se lo denomina como “l’intérêt supérieur de l’enfant”; y como ya se a mencionado en los modelos jurídicos de lengua española se lo conoce como “interés superior del niño”*(Cabrera Vélez, 2010, pp. 19,20)

El interés superior del niño es un principio reconocido universalmente en la mayoría de las legislaciones modernas del mundo, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño siendo aquel instrumento internacional que recoge y reconoce este principio es en la actualidad el instrumento de derecho internacional que mayor número de ratificaciones de Estados posee.

2.1.1 Estructura Conceptual del Interés Superior del Niño

Conviene analizar la estructura conceptual de interés superior del niño, así podemos decir que está estructurado de la siguiente manera:

a) Interés: Proviene del latín *interese*, que significa importar; en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tenemos que interés se lo define como: *“Valor de algo. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material”*(Real Academia de la Lengua Española, 2016).

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico define al interés como: *“Valor de una cosa. Importancia o trascendencia. Utilidad o ventaja directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lleva a una persona a*

proteger un derecho extrajudicialmente, o a ejercitar una acción”(Cabanellas de Torres, 1998, p. 209).

Para los efectos del presente tema, debemos encuadrar a la palabra interés dentro de la importancia del reconocimiento de un derecho que va encausado dentro del orden moral antes que lo material.

b) Superior: El diccionario de la R.A.E. define a éste término como: *“Dicho de una cosa: Que está más alta y en lugar preeminente respecto de otra. Que es más que algo o alguien en cualidad o cantidad”*(Real Academia de la Lengua Española, 2016).

Profundizando en el término Juan Cabrera Vélez explica *“Como “superior”, se precisa al derecho que despliega un fin más precioso en cuanto a su utilidad, sobre otros de menor bondad. En tanto se hable de un interés superior, se estará frente a un derecho de primera generación, derecho prócer, que sostiene un finalismo necesario para la sociedad, sobre el cual no puede pasar desmedro alguno”*(Cabrera Vélez, 2010, p. 21).

Al ser considerado como superior, el interés del niño en relación al reconocimiento de derechos y prerrogativas, siempre prevalecerá en contra de otros derechos ajenos a los niños aunque éstos estén en igual jerarquía o importancia.

c) Niño: Dentro de este término se debe hacer una aclaración importante. El término niño comúnmente es utilizado para referirse a todo ser humano cuya etapa

de vida este comprendida entre su nacimiento hasta su adolescencia; nuestro Código de la Niñez y Adolescencia define a los niños como toda persona que no ha cumplido los doce años de edad, dejando de lado a los adolescentes que estarían comprendidos a partir de esa edad hasta los dieciocho años; a partir de los cuales según nuestro ordenamiento jurídico se adquiere la calidad de adulto. Por otro lado debemos considerar que el término niño aplicado al principio del interés superior, comprende a todas las personas menores de dieciocho años; es decir que el principio del interés superior es aplicable tanto para niños como niñas y adolescentes, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 1 y 11 respectivamente, los cuales cito:

Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*(Organización de las Naciones Unidas, 1990).

Artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia: *“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”* (Congreso Nacional, 2003).

Por lo tanto al hablar del interés superior del niño, se estará haciendo referencia al interés superior de niños, niñas y adolescentes sin distinción alguna.

2.2 Concepto de Interés Superior del Niño

Para abordar este tema y ante la falta de una conceptualización legal para referirse a lo que el interés superior del niño supone, debemos recurrir un estudio doctrinario con lo cual procedemos a recoger concepciones de autores referentes al principio del interés superior del niño.

Comenzamos pues citando a Contreras López que expresa al interés superior del niño como “el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia

Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas”(López-Contreras, 2015, pp. 54-55).

Para el autor, Juan Cabrera Vélez, el interés superior del menor es: *“La directriz aplicable a cualquier tema de minoridad, que obliga al administrador público y persona particular, a tomar la decisión más benéfica sobre los derechos de este grupo, aun cuando existan otros intereses en el mismo contorno; provocando así, un efectivo resguardo a la integridad física y emocional del menor”(Cabrera Vélez, 2010, p. 26).*

El llamado interés superior del niño debe ser entendido como aquel principio aplicable al Derecho, dentro del cual, en el caso de que exista un conflicto entre dos

o más derechos considerados de igual rango o jerarquía; el derecho en el que primase el interés superior del niño, prevalece sobre cualquier otro que pueda vulnerar derechos fundamentales del niño. Por lo tanto en ningún momento los intereses de los padres, los intereses de la sociedad y los intereses del Estado mismo, podrán ser considerados como de aplicación prioritaria en relación a los derechos de los niños.

El interés superior del niño debe ser prioridad del Estado conjuntamente con su administración y autoridades públicas el velar por que en todo momento y en toda circunstancia en la cual existan intereses de los niños de por medio hacerlos respetar y garantizar que por ninguna razón sean objeto de detrimento o menoscabo mediante la inclusión de políticas que favorezcan la correcta interpretación y aplicación para este principio cuya finalidad se basa en brindar un desarrollo digno e íntegro a los niños como parte delicada de la sociedad.

2.3 Reseña Histórica del Interés Superior del Niño

A lo largo de la historia, jurídicamente hablando se ha dejado a un lado el tema de los niños, en cuanto a su protección y reconocimiento de sus derechos. En los años anteriores al siglo XVI, era labor de los padres dar a sus hijos lo que ellos creyeran conveniente, educarlos y cuidarlos libremente sin vigilancia estatal; no existía normativa alguna que brindara protección a los niños (llamados menores, término concebido despectivo) en dichas épocas. Es entonces que, a mediados del siglo XVI, comienzan a aparecer las primeras normativas destinadas a reconocer la necesidad de brindar educación a los niños; normativas que cubrían esta necesidad mediante la creación de las primeras escuelas, las cuales estaban a cargo inicialmente por la Iglesia y posteriormente también asumieron éste rol educador los cabildos.

Continuando desde el siglo XVI hasta los inicios del siglo XX, no existió ningún intento de parte de los Estados por avanzar en la construcción de cuerpos legales tendientes a reconocer y proteger a los niños a nivel internacional; pero se debe destacar que si existió progreso en cuanto a la legislación interna de cada país; más en lo concreto, tomando el caso de nuestra legislación, tenemos que para el año de 1861, entró en vigencia el Código Civil, adoptado desde la legislación chilena y escrito por el venezolano Andrés Bello; dentro del cual ya se establecían reconocimientos a los menores y se instauraron instituciones referentes a los mismos, como la filiación o el reconocimiento de la paternidad. Tenemos además que el campo penal se realizó también la distinción entre adultos y menores para efectos de la imputabilidad de un delito. También se llevó a cabo la creación de escuelas y centros de educación de niños y menores; todo esto en cuanto a lo que tiene que ver con la creación de políticas internas en beneficio de los niños.

Antes de la declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; el niño, para aspectos jurídicos, desempeñaba un papel secundario, eran prácticamente ignorados, el Derecho se encargaba más de la situación de los padres que de los niños, los intereses de los niños se situaban y resolvían en el ámbito civil pues no se los consideraban como relevantemente públicos. En todo el tiempo anterior a la Declaración de Ginebra, a nivel internacional los niños únicamente eran reconocidos como objeto de protección y es a partir del avance del Derecho que mediante dicha declaración los niños pasan a ser verdaderos sujetos de derechos a nivel internacional.

Exponemos lo expresado por López-Contreras referente a la Convención “*a nivel internacional se da el primer gran paso y uno de los más importantes en cuanto a la protección infantil se refiere; cuando el 26 de diciembre de 1924, fue aprobada por la, en ese entonces existente, Sociedad de Naciones; la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños; la cual se basó en la protección de los derechos del niño, estableciéndose la obligación de darles lo mejor bajo la premisa de **primero los niños***” (López-Contreras, 2015, p. 54).

Pero el suceso histórico trascendental, en el contexto internacional, que se convirtió en el principal motivo que fomentó la aparición de la protección del niño y de su interés superior, fue la segunda guerra mundial, que ocurrió desde 1939 hasta 1945; hecho catalogado como el conflicto armado más grande y destructivo de la historia, y por el cual murió un dos por ciento de la población mundial de ese entonces, entre cincuenta y setenta millones de personas. Las consecuencias de esta guerra llevaron a la concientización de los Estados en cuanto a la protección del ser humano en general y de sus derechos, y al reconocimiento de la situación de vulnerabilidad que caracteriza a los niños, niñas y adolescentes. Además este suceso histórico llevó al rechazo y protesta de varios importantes pensadores de la época, como es el caso de Durkheim, que expresó lo siguiente: “*...rastrea como hostiles a las primeras formas de cohesión social, actitud que debe suprimirse de modo de volver más eficaces los procesos de socialización infantil*”. “*Esta preocupación por los niños induce a Europa a realizar encuentros para tratar temas vinculados a la infancia. Modalidad que se traslada a América, y para fines de siglo las reuniones se realizan alternativamente en uno y otro continente*” (Calvo & Kozicki, 1998, p. 291).

Es a partir de la terminación de la segunda guerra mundial, que el interés superior del niño comienza a desarrollarse como tal, dentro de los sistemas anglosajones, bajo la denominación de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, como principio que llevaría a la solución de los conflictos familiares con “menores” de por medio. Posteriormente el 10 de diciembre de 1948, se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas; declaración dentro de la cual se incluía implícitamente a los derechos de los niños.

Más adelante en el año de 1959, ante la necesidad de contar con un reconocimiento especializado hacia los derechos de los niños a nivel internacional; la misma Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, dentro de la cual se estableció por primera vez el principio del interés superior del niño, como principio rector para orientar a los Estados a aplicar todo aquello que le sea más favorable al niño. Esta declaración de 1959, dentro de su segundo principio dispuso:

PRINCIPIO II

“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 la que se atenderá será el interés superior del niño”(Organización de las Naciones Unidas, 1959).

A continuación de la Declaración de 1959, nuevamente surgió una necesidad a nivel mundial, pero esta vez, de poder contar con un instrumento internacional, coercitivo en su cumplimiento, para los Estados que sean parte del mismo; y ya no solo quedar en una Declaración, sino que debía tratarse de un convenio vinculante; de ésta manera nace el más importante instrumento normativo internacional, en cuanto a derechos de los niños se refiere y se trata de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la cual fue abierta a la firma y ratificación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y posteriormente entro en vigor en septiembre de 1990. Esta convención expresa el principio del interés superior del niño en el primer inciso de su artículo 3, con lo siguiente: “*1. 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*” (Organización de las Naciones Unidas, 1990).

Esta Convención, fue firmada por el Ecuador el 26 de enero de 1990, y posteriormente fue ratificada el 23 de marzo del mismo año; convirtiéndose el Ecuador en el primer país latinoamericano en ratificar ésta Convención. Como efecto de esta ratificación se tuvo que cambiar el ordenamiento jurídico interno para adecuarlo al nuevo instrumento internacional, es así que surgió en 1992, el nuevo “Código de Menores”; en 1994 la “Ley Reformatoria” a la Ley Orgánica de la Función Judicial y al Código de Menores; y en el año 2003, el “Código de la Niñez y

Adolescencia”, siendo éste último el mayor logro en cuanto a cuerpos normativos internos vigentes en el país que versan sobre derechos de los niños niñas y adolescentes en la actualidad; con lo cual los niños pasan a ser sujetos de derecho y no solo objetos de protección.

Cabe finalmente mencionar que, la Convención sobre los Derechos del Niño al pasar a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo dispuesto por nuestra Constitución, al tratarse de un instrumento internacional que versa sobre derechos humanos; se posiciona jerárquicamente igual a nuestra carta magna.

Antes de la suscripción de la Convención y la posterior promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia, en Ecuador prácticamente se “desconoce” a los niños como persona, pues jurídicamente no existen, estaban invisibilizados, pues son “accesorio” de los adultos, incapaces, y lo más grave un asunto de interés “privado”.

De tal forma que los derechos y garantías de la niñez y adolescencia incorporados por el Código de la Niñez y Adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley (Art 16 CNA).

El carácter de interdependientes, hace que los derechos deban ejercerse y disfrutarse en su totalidad, caso contrario habría un ejercicio restringido; por la indivisibilidad, implica la imposibilidad de tener uno y no otro; y, por la irrenunciabilidad no se pueden renunciar a ellos aunque se lo quiera.

2.4 Características del Interés Superior del Niño

Las características del interés superior del niño que la doctrina las destaca como las más importantes son las siguientes:

2.4.1 Principio Perteneciente a los Derechos de Primera Generación

Al hablar del interés superior del niño se estará al frente de un derecho de primera generación, sobre el cual no puede oponerse menoscabo alguno. La misma Convención sobre los Derechos del Niño califica que este principio debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que le afecten, y el mismo no es asimilable al interés colectivo; puesto a que indica que cuando los derechos del niño entran conflicto con el interés social, estos derechos deben ponderarse en un nivel prioritario.

2.4.2 Principio “Rector Guía”

El interés superior del niño ha sido caracterizado como un principio fundamental, *“debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. Impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome”*(Comité de los Derechos del Niño, 2013)

El interés superior del niño es uno de los principios primordiales de la Convención, así lo ha considerado el propio Comité de los Derechos del Niño, llegando a reconocerlo como un principio “rector guía” de la Convención; de tal manera que cualquier análisis o interpretación que se haga de la Convención, no puede estar apartado de esta directriz. Todos y cada uno de los artículos contenidos en ésta Convención, así como los de cada ordenamiento jurídico propio de cada

Estado parte de dicha Convención, deberán ser interpretados de manera obligatoria a la luz de este principio guía

2.4.3 Principio “In dubio pro Homine”

Cuya traducción literal expresa que “en caso de duda, lo más favorable al hombre”. El término hombre es entendido como humanidad en general.

“...la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de conocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”(Pinto, 1997, p. 81).

Se trata pues de un principio fundamental de los Derechos Humanos, el mismo que está estrechamente ligado al interés superior del niño, ya que la palabra humano, se refiere tanto a niños y adolescentes, como a adultos y adultos mayores.

2.4.4 Principio Interpretativo

Al poseer esta característica, el interés superior del niño, cumple una función hermenéutica, dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Derecho de la Niñez y Adolescencia en general, en razón de que permite que en totalidad, sus disposiciones sean interpretadas reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño en base a su interés superior, deberán ser interpretados sistemáticamente, puesto a que todos estos derechos agrupados en un solo conjunto, favorecen la protección de la vida del niño, además de su desarrollo y supervivencia.

Esta interpretación sistemática, debe estar orientada hacia la aplicación racional del derecho, en este caso favoreciendo al niño y dejando de lado cualquier tipo de ambigüedad en cuanto a su aplicación.

2.4.5 Principio que Llena Vacíos Legales

Al tratarse de un principio interpretativo, el interés superior del niño es a su vez un principio que da sentido a las oscuridades y ambigüedades de la norma. No se puede denegar la administración de justicia y mucho menos en cuanto a menores se refiera, alegando falta de ley o ambigüedad en la misma, de tal manera que no se pueda encontrar su verdadero sentido; puesto a que si nos encontramos frente al caso de vacío legal, la norma en su conjunto deberá ser interpretada como un todo; interpretación cuyo sentido deberá beneficiar al niño y la protección de sus derechos.

2.4.6 Principio con Prioridad en las Políticas Públicas

Esta característica del interés superior del niño está establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral 1 de su artículo 3, de la siguiente manera:

“1. 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”(Organización de las Naciones Unidas, 1990).

Esta consideración no solo está dirigida a políticas públicas, sino también para las instituciones privadas, las cuales deberán atender en todas sus acciones el velar por el interés superior del niño de manera primordial.

2.4.7 Principio con Gravedad en Sanciones por su Incumplimiento

Esta característica tiene por finalidad revestir de gravedad a las sanciones que se tomen para los casos en donde las víctimas de violaciones a los derechos humanos sean niños. Esta determinación ha sido establecida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en concordancia con la Convención sobre los Derechos de los Niños y varios instrumentos internacionales reconocidos por la comunidad internacional, mediante los cuales se establecen a los Estados como principales obligados en adoptar medidas de protección para los niños dentro de cada jurisdicción interna.

2.5 La Convención Sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, representa la cumbre de un largo y extenso proceso, de lucha por el reconocimiento y la protección de los derechos de los niño, así como de su atención prioritaria; todo esto a nivel internacional. La Convención se presenta en el plano mundial como el instrumento de derecho internacional con mayor aprobación y ratificación por parte de los Estados conformantes de la ONU.

Surgió a partir de una iniciativa polaca, en enero de 1978, cuando un representante de Polonia ante la Organización de Naciones Unidas, envió una carta al director del departamento de derechos humanos de la organización en Ginebra, con la proposición de que se incluya en la sección número 34 de la comisión de derechos humanos, la elaboración de una Convención sobre Derechos del Niño. La misma que se elaboró basándose en la Declaración de los Derechos del Niño celebrada en 1959.

Ya han transcurrido más de 25 años desde la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989; su reconocimiento a nivel mundial es absoluto, la misma; ha logrado trascender la variedad de sistemas jurídicos propios de cada Estado, los mismos que han impedido la posibilidad de construir estándares normativos comunes para la mayoría de estados y que ahora ven reflejados en la Convención, el instrumento internacional más importante que versa sobre la protección de los menores.

Previo a la aparición de la Convención los Estados y en especial los de América Latina no contaban con cuerpos normativos que brindasen una verdadera protección y reconocimiento hacia los derechos de los niños dejando la posibilidad abierta al cometimiento de varios abusos como nos lo explica Fermín Torres y Francisco García señalando que: *“los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo con el proceso iniciado con la Convención, en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado”*(Torres Zárate & Gracia Martínez, 2007, p. 106). Esta realidad de abuso y vulnerabilidad de los niños cambió con la Convención sobre los Derechos del Niño puesto a que con ella, los niños pasaron de ser considerados simples objetos de protección y dependencia de los padres a ser reconocidos como verdaderos sujetos de derechos con garantías de cumplimiento inmediato y obligatorio gracias a los dispuesto por dicha Convención.

2.5.1 Estructura de la Convención Sobre los Derechos del Niño

La construcción de esta Convención, ha sido eje de críticas, en cuanto al orden que se ha seguido para la estructuración de los derechos contemplados en ella, puesto que tal estructura ha sido considerada como carente de sistematización lógica. La Convención ha sido elaborada mediante dos partes diferentes, un preámbulo y una sección dispositiva, la cual también está dividida en 3 partes, dentro de las cuales se regulan derechos y deberes, aplicación, control y entrada en vigencia de la Convención.

2.5.1.1 El Preámbulo

Dentro del cual se recogen y exponen las razones que llevaron a la creación de este convenio. Además de la motivación, se encuentran enunciados los instrumentos internacionales precedentes, mediante los cuales se han desarrollado el reconocimiento y protección de los derechos del niño y de los cuales se ha tenido consideración para elaborar la presente Convención sobre los Derechos del Niño.

2.5.1.2 Parte Dispositiva

La misma que a su vez está compuesta por tres partes. La primera, la más criticada por su desorden en cuanto al desarrollo sistemático de los derechos contemplados en la misma, está comprendida desde el artículo 1 al 41; dentro de esta primera parte se encuentran la definición de niño, además se enuncian todos los derechos protegidos así como los principios reconocidos y finalmente encontraremos dos disposiciones acerca de las medidas que deberán adoptar los Estados parte de la Convención para la aplicación interna de la misma.

Dentro de los principios reconocidos en esta primera parte de la Convención están: el principio de no discriminación, interés superior del niño, el derecho del niño

a la vida, el desarrollo y supervivencia del niño y el de escucha a la opinión del niño. La siguiente parte comprende desde el artículo 42 al 45; esta parte está dedicada al desarrollo de las funciones y potestades del Comité de Derechos del Niño, así como su relación con los Estados partes de la Convención y su obligación de difundirla. La tercera y última parte está comprendida desde el artículo 46 al 52, tiene que ver con los lineamientos a seguir con respecto a la adhesión o integración de los Estados a la presente Convención, además de la entrada en rigor, reservas y denuncias de este instrumento internacional.

2.5.2 El Interés Superior del Niño en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional que más ampliamente desarrolla el tema de los derechos de los niños, así como también ha desarrollado lo concerniente al principio del interés superior del niño.

“El establecimiento normativo del “interés superior del niño”, se dicta a través de este instrumento internacional, no sólo por la utilización de una redacción más amplia, sino también porque al tratarse de una convención, su contenido es de cumplimiento obligatorio para los Estados suscriptores”(Cabrera Vélez, 2010, p. 55).

El principio del interés superior del niño, no surgió a raíz de la elaboración de la Convención, sino que fue tomado y desarrollado por ésta, a partir de la recolección de varios instrumentos y declaraciones internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, anteriores al año 1989, fecha en la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. De igual manera cabe indicar que, ningún cuerpo o instrumento internacional ha conceptualizado, de qué manera deberíamos entender al interés

superior del niño; deja esta tarea a la doctrina y se centra en desarrollar su reconocimiento, protección y aplicación.

2.5.2.1 Análisis al Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño

A continuación se expondrá y se realizará un análisis detenido del artículo 3 de la Convención, el mismo que desarrolla en su numeral 1, el principio del interés superior del niño.

“Art. 3.- 1. 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”(Organización de las Naciones Unidas, 1990).

El mencionado artículo empieza, estableciendo que, “En todas las medidas...”; es decir, se ha redactado utilizando de manera acertada el término “medida”, ya que engloba no solo a las decisiones sino también a los actos, procedimientos y demás iniciativas relacionadas a los niños. Continúa el artículo, “...concernientes a los niños...”, esto significa que las medidas deberán apuntar y ser dirigidas a los niños y es la misma Convención la que establece que serán entendidos como tales, cualquier ser humano que no haya alcanzado la mayoría de edad. Le sigue, “...que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos...”, en esta sección se hace una enumeración aparentemente exhaustiva, pues en base al mismo principio del interés superior del niño no se puede limitar en número a las instituciones que les compete tomar medidas a favor del niño. Se menciona una primera distinción entre instituciones públicas y privadas, haciendo referencia tanto a las personas jurídicas de derecho público, es decir pertenecientes al Estado; y, a las

personas jurídicas pertenecientes al derecho privado; las mismas que deberán ser de bienestar social, pero no como una característica restrictiva sino que debe entenderse dentro de esta clasificación a cualquier persona jurídica sin importar su origen ni su finalidad siempre y cuando sus decisiones tengan repercusión en los niños. Se menciona además a los tribunales, los cuales son entendidos como los órganos encargados de la administración de justicia, en cuanto sus decisiones versen sobre derechos del niño. A las autoridades administrativas cuyos actos o resoluciones tengan relación a la materia de menores. Y por último se mencionan a las medidas tomadas por los órganos legislativos, es decir que aquellos órganos encargados de la producción de la norma escrita, los mismos que deberán destinar dicha producción al beneficio y satisfacción del bienestar de los menores.

Concluye el artículo, “...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”; marcando así la directriz obligatoria que toda institución o autoridad deberá siempre tomar en cuenta al momento de actuar o decidir sobre cualquier asunto que esté relacionado con menores y la satisfacción de sus derechos.

En conclusión tenemos que, el numeral 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, desarrolla la aplicación del principio del interés superior del niño; estableciendo este deber a todas las instituciones públicas o privadas, organismos legislativos y de administración de justicia, para que en el cumplimiento de sus actividades propias, siempre y cuando sus efectos tengan repercusión en los niños y sus derechos, sean aplicadas en consideración primordial al interés superior del niño, evitando así errores en su interpretación pues *“generalmente, se cree con error que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a*

múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico, sin embargo, al analizar la profundidad del concepto, podemos apreciar que la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico, hacia las políticas públicas e incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas”(Torres Zárate & Gracia Martínez, 2007, p. 99). El interés superior del niño hasta antes de la Convención tenía un tratamiento incorrecto al permitir por parte de los Estados y sus autoridades públicas que lo interpretaran de manera arbitraria sin la observancia de la directriz principal que este principio supone basado en un equilibrio dentro del cual todas las personas puedan verdaderamente gozar de los mismos derechos y oportunidades sin importar su edad y que gracias a la Convención se ha podido establecer los lineamientos de interpretación de este principio llegando así a una homogeneidad en cuanto a su correcta aplicación.

2.6 Otras Fuentes Jurídicas Internacionales Importantes

Si bien la Convención sobre los Derechos de los Niños es el instrumento internacional más relevante, en cuanto al desarrollo de los principios favorables al menor, tales como el interés superior del niño entre otros, hay que reconocer que dicha Convención no es la primera ni tampoco la única; sino que en su entorno existen otros instrumentos internacionales, que garantizan la protección del niño y establecen en su norma escrita el reconocimiento de sus derechos.

2.6.1 Declaración de Ginebra de 1924

Tomando en primer lugar a la Declaración de Ginebra de 1924, proclamada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones y en cuyo breve texto se enumeraban cinco puntos básicos, que establecían los deberes de todos los hombres y mujeres para con los niños sin consideración de razas, nacionalidad o creencia. En esta declaración las naciones reconocieron que, los niños son lo mejor de la humanidad y establecieron como obligación social, trabajar para precautelar sus derechos, de la siguiente manera:

“I. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual.

II. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser cuidado; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño delincuente debe ser recuperado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.

III. El niño debe ser el primero en recibir ayuda en tiempo de peligro.

IV. El niño tiene que disponer de los medios que le capaciten para llegar a ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier tipo de explotación.

V. El niño debe ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio de su prójimo”(Sociedad de las Naciones Unidas, 1924).

Del anterior extracto, podemos distinguir la protección garantizada a los niños por parte de la comunidad internacional; protección que deberá ser además prioritaria, de la misma manera que hoy en día lo garantiza el principio del interés superior del niño; que para aquella época no se lo reconocía como tal, pero se lo desarrollaba de similar manera que en la actualidad.

2.6.2 Declaración de los Derechos del Niño de 1959

En el Derecho internacional, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Organización de Naciones Unidas en noviembre de 1959; es considerado como el segundo más importante documento internacional sobre los derechos del niño, únicamente superado por su predecesor, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990. Dentro de la Declaración de 1959, por primera vez se reconoce al interés superior del niño como tal, y se desarrolla como directriz de la misma en la proclamación de sus principios 2 y 7 de la siguiente manera:

Principio 2

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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”(Organización de las Naciones Unidas, 1959).

En la redacción precedente, por primera vez se introduce la expresión de “interés superior del niño”, dentro del marco internacional; aunque la declaración no establece de manera clara el concepto de cómo debe entenderse a este principio, es obligación de los Estados mediante la elaboración de su ordenamiento jurídico interno, desarrollar de manera más amplia y completa, los lineamientos necesarios conducentes a garantizar los mandatos de esta Declaración de 1959 y su cumplimiento, procurando en todo sentido, un desarrollo integral y una vida con

decoro para los niños, sin considerar su raza, etnia, procedencia o cualquier prejuicio que pudiere limitar el ejercicio efectivo de sus derechos y su atención prioritaria.

Principio 7

“El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer punto, a sus padres”(Organización de las Naciones Unidas, 1959).

A diferencia del principio 2 de la misma Convención, en la cual el interés superior del niño se aplica de forma general, en este principio lo hace de una manera particular, estableciendo al interés superior del niño como la directriz a seguir dentro del campo de la educación, la cual debe ser dirigida hacia los niños de tal manera que les otorgue igualdad de condiciones y puedan convertirse en verdaderos miembros útiles a la sociedad; por último, la Convención ha establecido a los padres como principales encargados de la educación de los niños.

2.7 El Interés Superior del Niño en la Constitución y Leyes Nacionales

Después de haber estudiado en primer lugar al principio del interés superior del niño en el marco internacional, se debe hacer referencia a este principio en el ámbito local. Tomando en cuenta que su reconocimiento dentro del marco jurídico interno, no sucedió en base a la creación de la norma para satisfacer una necesidad

colectiva, o; porque la realidad social del país así lo requería; sino más bien, el reconocimiento del interés superior del niño a nivel local, fue producto de la incorporación del Ecuador a los tratados internacionales que protegían este interés superior, con lo cual nuestro Estado debía adecuar su ordenamiento jurídico para que entre en armonía con lo establecido por dichos tratados internacionales, mismos que se obligó cumplir.

Tenemos así que, el Ecuador llegó a reconocer expresamente al interés superior del niño, en dos niveles de su legislación, contenidos en el marco constitucional y la legislación orgánica.

2.7.1 Marco Constitucional

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos, en donde prima el reconocimiento y cumplimiento de cada uno de los derechos de los que gozan los ciudadanos sin distinción alguna para los cuales se les garantiza como deberes del Estado el cumplimiento de cada uno de los derechos establecidos dentro de la constitución y en los tratados internacionales y de manera particular en atención a la educación y alimentación que para efectos del presente trabajo se trata de dos aspectos muy importantes a la hora de decidir sobre la aplicación y reconocimiento del interés superior de los niños.

La Constitución del Ecuador recoge el principio del interés superior del niño como principio interpretador de la norma encaminado a satisfacer el ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos para los niños; ejercicio que será desarrollado en su artículo 11 el cual establece que dichos derechos se los podrá exigir de forma individual o colectiva ante la autoridad competente la misma que

deberá garantizar su fiel cumplimiento, basándose en criterios de igualdad de oportunidades sin que exista de por medio discriminación de cualquier índole.

Al ser el interés superior del niño un principio recogido en nuestra Constitución según lo establecido en el numeral 4 de su artículo 11 ninguna norma jurídica podrá restringir el ejercicio y contenido de los derechos y garantías reconocidos en dicha constitución con lo cual el principio del interés superior del niño pasa a ser un principio de aplicación directa e inmediata, además de que se prohíbe su falta de aplicación motivo de alegar desconocimiento o falta de norma expresa.

Al ser el Ecuador parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que reconoce y desarrolla el interés superior del niño, es lógico que nuestro Estado, también desarrolle dicho principio dentro de su ordenamiento jurídico interno, comenzando por hacerlo en un nivel constitucional, para que esté acorde a lo establecido en mencionado convenio internacional, evitando así en lo posible la aparición de vacíos legales.

Son entonces reconocidos los tratados internacionales en la Constitución dentro de sus artículos 416, 424, 425 y de una manera especial en el artículo 417 que señala lo siguiente: *“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”*(Asamblea Constituyente, 2008).

La Convención sobre los derechos del niño, se trata de un instrumento internacional de derechos humanos, y por lo tanto al ser nuestro Estado parte de dicho instrumento, tiene total concordancia con lo establecido en el artículo precedente, referente a los principios que se deberán poner en práctica en su aplicación.

Nuestra carta magna también trata de manera más concreta, la aplicación del principio del interés superior del niño en su artículo 44 de la siguiente manera:

“Artículo 44.- 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”(Asamblea Constituyente, 2008).

De esta forma el Estado Ecuatoriano, mediante su Constitución reconoce al interés superior del niño y lo traduce como una garantía constitucional a favor de los derechos del niño, además de caracterizarlo como un principio rector-guía para la

aplicación de los derechos de los menores. Dentro de la redacción del artículo precedente, se utiliza además de manera acentuada la expresión “desarrollo integral”, el mismo que hace referencia a la correcta evolución del menor tanto en un plano físico como psicológico y emocional, dicho desarrollo según la Constitución deberá otorgarse al niño en consideración a su interés superior, como principio garantista que precautele su integro desenvolvimiento en todos los ámbitos de su vida.

Otro gran reconocimiento constitucional que se ha logrado establecer en nuestra carta magna, es el contenido en la parte final del primer párrafo del artículo 44, dentro del cual se hace un reconocimiento de los derechos del niño, como derechos de primera generación los cuales en caso de conflicto, entre estos derechos o el interés del niño con los derechos de cualquier otra persona, aquellos más favorables al niño y a su interés superior prevalecerán sobre cualquier otro. Reconocimiento que se debe destacar como pionero en su clase ya que ninguna otra constitución, ni aun la francesa establecida desde el año de 1946 a la fecha incluidas sus reformas hasta el 2003 lo ha conseguido proteger de similar manera a la nuestra.

2.7.2 Legislación Orgánica

Posterior al reconocimiento Constitucional, es menester que el Estado desarrolle en la norma orgánica, todo lo relativo al Derecho de menores, pero de manera especial al principio del interés superior del niño; el cual, dentro de la legislación orgánica interna, lo tenemos contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia, y concretamente dentro de su artículo 11 que establece lo siguiente: *“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e*

impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

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

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla” (Congreso Nacional, 2003).

La redacción de este artículo en su parágrafo primero, puede asimilarse a que el legislador al momento de redactarlo, lo que buscaba era emitir un concepto de lo que se debe entender por interés superior del niño; comenzando por establecer acertadamente que, se trata de un principio, el cual se lo debe desarrollar bajo las 3 siguientes premisas: 1. La satisfacción efectiva de los derechos de los menores; 2. Una obligación de cumplimiento impuesta a todas las autoridades administrativas y judiciales, además de a las instituciones públicas y privadas; 3. Todas las decisiones emanadas de estas autoridades o instituciones, deberán estar orientadas a la plena satisfacción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estas 3 premisas forman parte de la estructura del principio del interés superior del niño, además de establecer su ámbito de aplicación y definir quienes son los responsables de su cumplimiento y obligación.

Posteriormente después de haber sido delimitado este principio, el artículo 11, establece una forma de aplicación para el mismo, basada en la apreciación que deberá realizar la autoridad o institución encargada de resolver el asunto referente al menor, conducente a delimitar un justo equilibrio entre los deberes y los derechos del menor. Es decir que para el pleno goce de los derechos y el interés superior del niño, es necesario que se observen además los deberes que los menores están obligados a cumplir, los mismos que se encuentran enumerados en el artículo 64 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia, que enumera, además de los deberes establecidos en la Constitución, el deber de respeto a la patria y sus símbolos; el respeto a los progenitores, maestros y demás responsables de su cuidado y educación, entre otros. Una correcta valoración entre los deberes del niño y sus derechos, será la principal forma de aplicación del principio del interés superior del niño; ya que en la imposición de deberes y responsabilidades para el menor también forman parte de su desarrollo integral. Caso contrario, si de concederles únicamente derechos y privilegios a los niños se tratase, las decisiones de las autoridades no serían las más favorables sino serían las más fáciles y cómodas; corrompiendo de cierta manera el aprendizaje de los niños al eximirles de responsabilidades que le permitan enriquecer su conocimiento y desarrollo, con lo cual se estaría dejando de lado el verdadero sentido de su interés superior.

Por último, el párrafo final del mismo artículo 44, establece que el interés superior del niño, se trata de un principio de interpretación del Código, y; garantiza que la opinión del niño involucrado, sea escuchada, como un medio informativo que exprese la situación por la cual se encuentra atravesando o la realidad que está

viviendo en ese momento, siempre y cuando el menor este en capacidad de poder emitir su criterio.

2.8 El Interés Superior del Niño como Principio Garantista

Las garantías en términos de Derecho Constitucional pueden ser entendidas como aquellos mecanismos legales tendientes a dar cumplimiento a los derechos fundamentales de los individuos y protegerlos de cualquier tipo de abuso, violación o menoscabo por parte de los poderes públicos y que además dichos mecanismos operan como reparadores ante cualquier situación de incumplimiento o falta de atención hacia dichos derechos fundamentales que todos los individuos tenemos frente al Estado que, tal como nos explica Ferrajoli en el siguiente texto: *“las garantías tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba”* (Ferrajoli, 2004, p. 856)

Concretamente hablando del principio del interés superior del niño como principio garantista, tenemos que este ha sido desarrollado por nuestra legislación, que se ha respaldado en el reconocimiento del mismo en varios instrumentos internacionales, otorgándole una aplicación prioritaria y excepcional ante cualquier otro derecho contrapuesto, con lo cual es fácil evidenciar que este principio se ha convertido en una caución, mediante la cual el Estado asegura su fiel y total cumplimiento. Al ser el principio del interés superior del niño considerado como una caución, nos introduce a la teoría del garantismo desarrollada por el profesor Luigi Ferrajoli, el cual expone lo siguiente: *“...«garantismo» designa una filosofía política*

que impone al derecho y al estado la carga de la justificación extrema conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”(Ferrajoli, 2004, p. 853).

Como lo expresa el maestro Ferrajoli, de esta manera el Estado deberá garantizar el cumplimiento del interés superior del niño dentro de la sociedad, con lo cual se otorgara protección del bienestar de los menores y de la misma manera, al bienestar mismo de la sociedad.

Por lo tanto este principio del interés superior del niño, se impone, obliga (no solamente “inspira” como lo pueden algunos considerar) a los diversos tipos de autoridades e incluso a instituciones públicas y privadas, a considerarlo de carácter primordial para el correcto ejercicio de sus funciones, no porque sea reconocido como un principio de bienestar para la sociedad, sino que su garantía de cumplimiento se basa en el reconocimiento de que los niños también gozan de Derechos y los mismos deben ser puestos en consideración antes de tomar cualquier medida respecto de ellos, buscando como finalidad, otorgar protección ante la condición de vulnerabilidad en la que ellos se encuentran.

2.9 Una Relación Inquebrantable: El Niño y su Familia.

Los niños tienen el derecho de vivir, interactuar y mantener relaciones afectivas con sus progenitores y su familia ampliada; es un derecho absoluto garantizado por el principio del interés superior del niño. Este derecho única y exclusivamente podrá ser ignorado en los casos en los que su cumplimiento sea perjudicial para el niño y su interés superior, como en los casos de maltrato o corrupción de menores por parte de sus progenitores o representantes a cargo.

2.9.1 El Interés Superior del Niño y las Relaciones Parentales

No cabe duda que uno de los aspectos importantes que en base al principio del interés superior del niño, se ha buscado proteger, es el correcto desenvolvimiento y desarrollo del niño junto a sus progenitores; es decir la protección y garantía de las relaciones existentes entre padres e hijos y viceversa.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la legislación Ecuatoriana, reconocen la importancia que representa, el hecho de que los niños crezcan y se desarrollen acompañados de su familia, y principalmente de sus progenitores. Se garantiza que los niños gocen de la protección de su familia así como su derecho de saber cuál es su procedencia, quienes son sus padres e inclusive de permanecer junto a ellos, salvo para los casos en los que interactuar con uno u otro progenitor sea contrario o gravoso para su interés superior. Ni aún la separación de los padres por cualquier motivo, el divorcio o la distancia de domicilios entre uno u otro progenitor representa argumento suficiente para impedir que el niño, se relacione o mantenga contacto directo frecuente con ambos padres. La Convención sobre los Derechos del Niño, desarrolla estas garantías en sus artículos 9 numeral 1 y 3, 10 numeral 2 y 18 numeral 1, dentro de los cuales llega a establecer lo siguiente:

En primer tenemos que el artículo 9 expresa: *“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o*

descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (Organización de las Naciones Unidas, 1990).

Los Estados miembros de la referida Convención, deben garantizar que los niños en favor de su interés superior no sean separados de sus padres, salvo que dicha separación sea necesaria, como lo sucede en los casos en los que el niño es objeto de maltratos, descuido o en situaciones similares en las que el progenitor ponga en riesgo la integridad del niño; para los casos en los cuales los padres tengan domicilios diferentes, se deberá llegar a un acuerdo entre ambos, en el cual se pueda establecer que domicilio tendrá el niño y con qué progenitor deberá compartirlo, más sin embargo, el hecho por el cual los progenitores tengan domicilios diferentes, no es motivo para que el niño pierda contacto o relación periódica con su progenitor de domicilio distante. Además de esto, el artículo 9 de la Convención, obliga a los Estados a garantizar el derecho de los niños de poder mantener contacto directo y relacionarse personalmente con ambos progenitores, aun así estos se encuentren separados o distantes, salvo que ese contacto sea perjudicial para el menor y su interés superior.

Por su parte el artículo 10 establece que: *“2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados*

Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país...”(Organización de las Naciones Unidas, 1990).

Continuando con la protección que brindan los Estados al niño en sus relaciones con sus progenitores, mediante lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, contamos con que, se debe garantizar el derecho de los niños de mantener un contacto periódico con sus padres, aun si estos viven en Estados diferentes. Las circunstancias excepcionales a las cuales se refiere este artículo, pueden ser de 2 tipos: cuando el traslado del niño hacia uno u otro progenitor sea económicamente insostenible para los progenitores y cuando las relaciones con alguno de sus padres sea contrario a su interés superior como por ejemplo en los casos en los que exista maltrato o descuido por parte de su padre. También se garantiza el derecho de los niños para movilizarse dentro y fuera de su propio país, con el debido acompañamiento o permiso de sus padres o representantes y respetando las políticas de circulación de cada Estado, como aquellas establecidas en los pasos fronterizos o migración de cada país del cual se pretenda ingresar o salir.

Por último el artículo 18 dispone: *“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*(Organización de las Naciones Unidas, 1990).

Nuevamente en este artículo se hace mención a la obligación de crianza y desarrollo de los padres para con los hijos, en procura de garantizar que se cumpla el principio del interés superior, además de establecer esta obligación para los padres, la Convención responsabiliza a los Estados partes de la misma, que realicen el mejor trabajo para garantizar que mediante sus políticas internas se efectivice esta responsabilidad para con sus hijos, e incluye además un carácter de equivalencia, en la cual esta responsabilidad recae sobre los progenitores en igual medida; ambos padres son igualmente responsables de proporcionar la crianza y desarrollo integral de sus hijos.

El principio del interés superior del niño, garantiza entre otros derechos, a que el niño tenga un desarrollo integral y mantenga en igual medida las relaciones con sus progenitores. No se puede bajo ningún concepto permitir que el menor crezca sin conocer su identidad o su procedencia, mucho menos separarlo de cualquiera de sus dos padres sin justificación suficiente; se debe hacer una distinción entre las relaciones de los padres entre sí y las relaciones de estos con sus hijos, puesto a que las relaciones de los padres no deben afectar las relaciones con los menores ya que estos tienen el derecho a mantener un contacto directo y periódico con sus padres aunque los mismos se encuentren separados.

Además de la prohibición de alejar a los niños de cualquiera de sus padres, se establece la obligación de los Estados de garantizar el cumplimiento del deber de los padres de brindar la educación y crianza a sus hijos en igual medida, y; esta expresión utilizada “igual medida”, no solamente se refiere a lo económico sino que también tiene que ver con el tiempo compartido con los niños. No se puede brindar

una educación y crianza en igual medida por parte de los padres al niño, si comparte casi la totalidad de su tiempo con uno solo de sus padres, caso que sucede en nuestro sistema de custodia monoparental, el mismo que debe cambiar hacia una custodia compartida, para que se pueda estar más acorde a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño. La única limitante a este derecho del niño para compartir en igual medida con sus padres, es siempre y cuando la relación o acercamiento con alguno de los progenitores sea perjudicial para el menor o atente a su interés superior.

En este contexto la función del interés superior del niño será iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, en cuanto a los conflictos de intereses entre padres separados e hijos en el ámbito del cuidado personal o tuición de niños.

Capítulo III. La Custodia Compartida

3.1 Situación Jurídica actual de los Niños ante el Divorcio o Separación de sus Padres

Es evidente reconocer que, los niños son los principales afectados por la separación o divorcio de sus padres; ya que a su corta edad tienen que lidiar con las difíciles circunstancias emergentes de no poder continuar compartiendo su tiempo con sus dos padres de manera simultánea; con lo cual es innegable que se verá afectado su derecho a tener un desarrollo integral y afectivo dentro del seno familiar.

Desde un punto de vista vivencial, no hay duda que para el niño no será igual convivir con ambos progenitores y desarrollarse conjuntamente con ellos, que tener que relacionarse de una manera alternada con cada uno de ellos y de manera variable sujeta a un régimen previamente establecido, el cual surge a raíz del divorcio de sus padres. Mucho peor es el caso en el cual el niño además de tener que soportar no poder relacionarse con ambos padres a la vez, se encuentra ante la situación de que la relación entre sus progenitores es conflictiva con lo cual se agrava mucho más la situación del niño que inclusive muchas veces es utilizado como objeto o escudo de muchas de las agresiones protagonizadas por sus padres.

Desde un punto de vista legal, con la cesación de la convivencia de los padres, se afectan directamente las formas de ejercer sus responsabilidades, obligaciones y derechos para con sus hijos. No se podrá efectuar de la misma manera la obligación de educación de los hijos, así como las obligaciones de alimentos, de vestido o vivienda. Aunque para la ley con la separación de los progenitores no se pierde la calidad de padre para con sus hijos, sí se verá en cambio afectado y limitado el

ejercicio de todas las actividades correspondientes a las relaciones parento-filiales y de una manera mucho más marcada con lo que sucede con nuestro actual sistema basado en una custodia monoparental, con lo cual se limita el tiempo que uno de los padres podrá compartir con su hijo, dentro del cual se debe cubrir casi siempre insatisfactoriamente todos los deberes y derechos propios de la convivencia normal entre padres e hijos.

Así como no se puede restringir el ejercicio de los derechos de los progenitores de participar del cuidado, educación y desarrollo del sus hijos, de igual manera tampoco se puede privar a los hijos menores de edad el poder gozar de todos los beneficios y riqueza en cuanto a enseñanzas propias que pueden obtener solamente de su padre o de su madre. Las relaciones afectivas existentes entre progenitores e hijos son tan especiales que ninguna otra figura familiar es capaz de suplir. *“Los deberes y derechos de la paternidad y de la maternidad son tan fuertes que autores recientes están calificándolos de indisolubles. Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores”*(Rodríguez Pinto, 2009). Por lo tanto la separación de los progenitores no debe ser razón para que a los hijos se los prive de poder seguir manteniendo relaciones afectivas con sus padres dada su gran importancia.

3.1.1 Sistema de Custodia Monoparental

Dentro del proceso legal de divorcio al que están obligados a llevar los cónyuges en el caso de que deseen disolver su vínculo matrimonial y, en el caso de que tengan hijos menores de edad de por medio; previo a la obtención de la sentencia

disolutoria del matrimonio se debe resolver en su totalidad la situación de los niños habidos dentro del matrimonio; situación que deberá apuntar a su mayor bienestar y a la cautela de su interés superior. La protección de los niños dentro del proceso de divorcio de sus padres comienza con la obligación de determinar un curador ad-litem, para precautelar los intereses del menor dentro del juicio en concordancia a lo establecido en los artículos 108 y 111 del Código Civil Ecuatoriano.

Lamentablemente nuestro sistema de custodia de los hijos menores de edad, posterior al divorcio de sus progenitores, está basado en un frágil y cada vez más criticado sistema de custodia monoparental, en el cual se confiere la tenencia del hijo menor de edad a uno solo de los progenitores y reduce al otro –en nuestro criterio- el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones para con su hijo, al limitarle el tiempo de interacción con su hijo a lo establecido por un régimen de visitas.

Sea cual fuere el motivo que lleve a los progenitores a disolver su vínculo, previo a la obtención de la sentencia se debe determinar tres aspectos fundamentales que resuelvan la situación del menor posterior a la separación efectiva de sus padres, dentro de los cuales tenemos que la determinación de un régimen de visitas, es el aspecto más gravoso para los intereses del niño, ya que prácticamente se limita el derecho del menor y de sus progenitores de compartir en igual medida su tiempo, otorgándole a uno de sus padres casi la totalidad del tiempo de convivencia con su hijo, estableciendo por otro lado una limitada cantidad de horas semanales de convivencia con su otro padre, tiempo en el cual es imposible poder cumplir con todas las obligaciones que el progenitor le debe a su hijo, como las de crianza y

educación. A continuación se detallan los tres aspectos a resolverse, relativos al niño en los casos de separación de sus padres, dentro de nuestro actual sistema de custodia monoparental:

3.1.1.1 Determinar con qué Padre vivirá el Niño

Dentro del trámite de divorcio, previo a dictarse sentencia, se debe determinar con que cónyuge pasará a vivir el niño hasta que cumpla la mayoría de edad, para lo cual nos basaremos en las reglas establecidas en el artículo 108 del Código Civil, que enuncian lo siguiente: 1. Los varones impúberes y las niñas de cualquier edad quedarán al cuidado de su madre; 2. Los varones púberes, podrán escoger con que progenitor vivir; 3. No se confiará al padre o la madre, el cuidado de los menores, en los casos que se determine, inhabilidad para ejercer dicho cuidado, esta inhabilidad puede ser física, moral o cuando se confirme que no se le otorgara al menor el debido cuidado y exista temor de que se perviertan; 4. No se puede conferir el cuidado del menor a aquel cónyuge que haya incurrido en alguna de las causales de divorcio previstas en el artículo 110 del Código Civil y en caso de inhabilidad de ambos cónyuges para ejercer el cuidado de los menores, se estará a lo dispuesto en el artículo 393 del mismo código o el juez pondrá al menor en colocación familiar.

La determinación de con qué cónyuge vivirá el hijo menor de edad posterior a la separación o divorcio de sus padres, no se la debe confundir con la institución de la patria potestad, la misma que está enunciada en el artículo 283 del Código Civil de la siguiente manera: *“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados”*(H. Congreso Nacional, 2005). Además para la determinación de la patria potestad se estará a lo establecido por los artículos 104 y demás pertinentes del Código de la Niñez y Adolescencia.

Por otro lado cabe mencionar que nuestro Código Civil en su artículo 307² ha establecido que la patria potestad, en caso de separación de los padres, sea ejercida por el padre o madre bajo cuyo cuidado quedará el hijo, evitando así las complicaciones que podrían aparecer, en el caso de que el menor viva con un progenitor pero que el otro sea quien ostente la representación o el usufructo de los bienes del menor. Pero esta regla no es absoluta, ya que el mismo artículo, permite que bajo mutuo acuerdo por parte de los padres y con la autorización del juez se establezca la posibilidad de que la patria potestad la ostente uno de los progenitores mientras que la tenencia sea ejercida por el otro.

Así los mecanismos de atribución de la patria potestad serían: el primero es la *ley*, determinado que la patria potestad corresponderá al padre bajo cuyo cuidado hubiere quedado el hijo; el segundo sería la convención entre el padre y la madre, introduciendo un margen a la autonomía de la voluntad.

3.1.1.2 Determinación de la Pensión Alimenticia

El derecho de alimentos es uno de los más importantes que emanan de las relaciones de familia. No solamente hace referencia al sustento diario del niño, sino en general a su desarrollo integral que comprende, educación, vestimenta entre otros.

Para nuestro caso tomaremos al derecho de alimentos como aquella obligación de los padres para con sus hijos. Obligación que el artículo innumerado 2-

²Art. 307.- En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa.

ley s/n, R.O. 643-S, 28 Jul-2009, establece como: *“El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:*

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; 3. Educación; 4. Cuidado; 5. Vestuario adecuado; 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; 7. Transporte; 8. Cultura, recreación y deportes; y, 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva”(Asamblea Nacional, 2009).

La determinación de la pensión alimenticia que deberá pagar el cónyuge que no ostente la tenencia del menor, se la realizará mediante lo establecido por una tabla anual de pensiones mínimas, elaborada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. La tabla será realizada en base a la canasta básica familiar, y a los ingresos mensuales obtenidos por el padre obligado.

La obligación del pago de las pensiones alimenticias será realizado, periódicamente cada mes, y hasta que el menor cumpla los dieciocho años de edad, o los veintiuno, en el caso de que se encuentre cursando debidamente sus estudios.

3.1.1.3 Establecer un Régimen de Visitas

El juez en caso de divorcio de los progenitores, de un menor de edad, establecerá un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio de su hijo;

siempre y cuando el ejercicio de este derecho no sea perjudicial para los intereses del menor, como en los casos en los que se demostrare que exista violencia o agresión de parte del progenitor no custodio a su hijo.

Jurídicamente hablando, el régimen de visitas está desarrollado dentro del título IV del libro segundo del Código de la Niñez y Adolescencia. Para la determinación de este régimen, el juez estará a lo dispuesto por el artículo 123 del mismo Código, el cual establece lo siguiente:

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

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

- 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,*
- 2. Los informes técnicos que estimen necesarios” (Congreso Nacional, 2003).*

Con respecto a lo enunciado por el artículo 106 del mismo Código, al cual el artículo 123 hace referencia; para poder establecer el régimen de visitas, se estará en primer lugar a lo acordado por ambos progenitores, siempre y cuando dicho acuerdo no sea perjudicial para los derechos del menor. También se escuchará la opinión de los hijos, para el caso de los menores de doce años, su opinión será valorada por el juez de acuerdo a su nivel de desarrollo según su edad; mientras que para los hijos

adolescentes, es decir mayores a doce años, su opinión será obligatoria para el juez, siempre y cuando la misma no perjudique a su desarrollo integral.

Sin importar como se llegue a establecer este régimen de visitas, veremos que siempre terminará siendo el sistema más perjudicial para los intereses del niño, ya que está basado en un –para nuestro criterio- caduco sistema de custodia monoparental, el cual, en base a la realidad actual de la sociedad y la búsqueda de una efectiva igualdad de género de los seres humanos ante la ley, busca una modernización hacia un sistema de custodia compartida, cada vez más aceptado en el mundo.

3.1.2 Problemática de la Custodia Monoparental

Dentro de la figura de la custodia monoparental, que actualmente se establece para los casos de crisis y rupturas familiares, el juez otorga la tenencia del hijo menor de edad a uno solo de los progenitores y se limita el derecho del otro a poder compartir tiempo con su hijo en igual medida y a partir de este punto se crea un verdadero alejamiento entre el hijo menor de edad y el progenitor no custodio; evitando que se sigan realizando la actividades propias que los progenitores ejercían de manera conjunta hasta el momento de su separación tal como nos explica Acuña San Martín: *“esta forma de ejercicio se afecta o definitivamente se interrumpe cuando se produce una crisis entre los progenitores que se concreta en una separación o divorcio, esto es, en una no convivencia familiar. Ciertamente, el conflicto familiar puede presentarse solo entre los progenitores y no involucrar en sus causas a los hijos, pero no es menos cierto, que en mayor o menor medida sus efectos no les serán ajenos tanto en aspectos personales como patrimoniales; desde*

ya, la separación física de los padres implicara un alejamiento de uno de los progenitores”(Acuña San Martín, 2014, p. 42).

Es entonces dicho alejamiento entre hijo menor de edad y progenitor no custodio procedente de la aplicación de la custodia monoparental aquel que produce todas las afectaciones y problemáticas que a continuación se desarrollan.

Dentro de la teoría de la custodia monoparental, está la consideración hacia la madre como “mejor custodio”, por cual motivo en la mayoría de casos se le adjudica a ella este derecho sobre su hijo menor de edad, dejando de lado al padre y dando la espalda al derecho de equidad de género por el cual tanto se ha luchado hoy en día.

A nuestro parecer es inclusive discriminatorio considerar que la madre es más idónea para mantener la custodia de sus hijas menores de edad y de sus hijos impúberes, tal como lo establece nuestro Código Civil, permitiendo que únicamente los hijos adolescentes puedan decidir sobre con cual progenitor vivir. Claro está que por sus características biológicas, la madre sea la única hábil para ejercer ciertos actos para con sus hijos sin distinción de sexo, como los de cuidado post parto o los de alimentación y lactancia, mientras éstos se encuentren dentro de una edad prematura, en la cual necesiten de estas acciones para la cual la madre en su condición de mujer es la única facultada a otorgarles; pero dicha preferencia hacia la progenitora debe concluir cuando los hijos hayan alcanzado la edad suficiente para prescindir de los cuidados y lactancia maternos, para dar paso a una valoración judicial en la cual se establezca cuál de los dos progenitores es el más idóneo de ejercer la custodia del hijo.

Dentro de la custodia monoparental, la figura paterna toma un papel secundario en la vida del hijo, se lo considera como una alternativa únicamente cuando la madre falte o no pueda ejercer este derecho. Con la custodia monoparental, se perpetúa la idea clásica de roles en la familia en la cual, la madre es la criadora de hijos mientras que el padre es el trabajador que los mantiene.

Por otro lado, la custodia monoparental es contraria a lo establecido en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al criterio actual de crianza y educación, en donde tanto madre como padre, deben ser partícipes y en igual medida, puesto a que este tipo de custodia no es compatible con la enseñanza de la igualdad de géneros; lo que lleva al hijo menor de edad a crecer y asociar al progenitor custodio como bueno y al no custodio como malo, ya que el progenitor no custodio, no participa completamente en la crianza del hijo, con lo que se fomenta la producción de un distanciamiento afectivo entre hijo y padre no custodio.

Tomando en consideración lo expresado por Cortés y Cantón referente a las afectaciones que sufren los niños separados de sus padres podemos decir que: *“Uno de cada cuatro niños cuyos padres se encuentran en proceso de separación con conflictos por su custodia padece el Síndrome de Alienación Parental o SAP, un estado provocado por la manipulación de los hijos por parte de uno de los progenitores (normalmente el o la que tiene la custodia) en contra del otro progenitor y que provoca, en mayor o menor grado, el rechazo de los hijos hacia este último”*(Cortés, Dolores Justicia, & Cantón Díaz, 2007, p. 110).

El sistema de custodia monoparental no solo afecta a los progenitores no custodios, sino también genera graves afectaciones en los hijos, puesto a que no se les permite desarrollar una integración afectiva para con su progenitor no custodio y su familia ampliada; con lo que para el hijo se da un proceso similar al de duelo por pérdida de un familiar, puesto a que al separarlo de su progenitor no custodio tiene similar efecto que entrar en estado de orfandad, en donde desarrollan afectaciones psicológicas como ansiedad o tristeza, además de conductas incorrectas materializadas en bajas calificaciones o rendimientos escolares deficientes a su real capacidad; además de desarrollar conductas de agresividad, odio y rechazo hacia su progenitor no custodio, con el cual no puede compartir su crianza sintiéndose en abandono.

El autor Bayebach hace una comparación en el ámbito de la psicología de cómo la separación de los padres afecta a hijos indicando que: *“Desde el punto de vista clínico, se considera que el divorcio tiene un potencial traumatizador comparable a la muerte de un familiar, por cuanto produce sentimientos de perdida y lleva aparejados cambios profundos en las relaciones interpersonales y en el sentido personal; la intensidad del efecto negativo sobre los hijos depende en gran medida de la dinámica relacional que mantengan los padres”*(Bayebach, 2010, p. 298).

Las formas en las que los niños perciben el tiempo que llevan separados de su padre o madre tras el divorcio, fueron establecidas por el reconocido psicólogo Jan Piet H. De Man, en el año 2012 de la siguiente manera (H. de Man, 2012):

niño/a 1 año edad	un día	lo experimenta (como si fuera adulto)	1 mes
niño/a 1 año edad	6 días	lo experimenta (como si fuera adulto)	6 meses
niño/a 1 año edad	12 días	lo experimenta (como si fuera adulto)	1 año
niño/a de 3 a 6 años	un día	lo experimenta (como si fuera adulto)	quince días
niño/a de 3 a 6 años	6 días	lo experimenta (como si fuera adulto)	2 meses
niño/a de 3 a 6 años	12 días	lo experimenta (como si fuera adulto)	4 meses

Consideramos que la custodia monoparental, únicamente será un modelo útil para los casos en los cuales no pueda ser posible el ejercicio de una custodia compartida; esto puede darse en caso de ausencia de uno de los progenitores, cuando éste no desee, no quiera o no pueda hacerse responsable de la educación y crianza de su hijo por múltiples razones, como cuando cambia su domicilio al extranjero o se encuentra privado de su libertad.

3.2 Concepto de Custodia Compartida

Como se había dicho anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico no está basado en un sistema de custodia compartida, con lo cual no contamos con una definición legal ecuatoriana, por lo tanto debemos recurrir a la doctrina que explica a la custodia compartida.

Se puede entender a la custodia compartida como *“Un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminado”*(Lathrop Gómez, 2009, p. 10).

Por otro lado Pinto Andrade nos indica que *“La custodia compartida parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y de los hijos ante la ley, así como la corresponsabilidad parental de los progenitores, no obstante la ruptura de la pareja”*(Pinto Andrade, 2009, p. 43).

Continuando con la concepción de la custodia compartida tenemos que Echeverría Guevara nos la presenta de la siguiente manera: *“La guarda y custodia compartida puede definirse como un sistema legal acaecido tras el cese de la convivencia o por el divorcio, en el cual los progenitores se alternan y suceden en el cuidado de sus hijos ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en igualdad de condiciones como asunción del principio de corresponsabilidad parental que debe existir entre los padres, reflejo de un reconocimiento equilibrado de la capacidad de ambos para afrontar la maternidad y paternidad, lo que les permite la adopción de decisiones relacionadas a la crianza, educación, etc. mientras ejercen el cuidado directo de sus hijos”*(Echeverría Guevara, 2011, pp. 70-71).

Por último para Ivars Ruiz *“La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”*(Ivars Ruiz, 2008, p. 62).

De todo lo anterior analizado podemos entender que la custodia compartida es aquel sistema legal que, debe operar a partir de una separación o divorcio dentro

del cual existan hijos comunes menores de edad, y que para el ejercicio de los deberes y cumplimiento de las obligaciones que mantienen los progenitores para con sus hijos con posterioridad al divorcio, la ley les confiera en base a los principios de corresponsabilidad parental e interés superior del niño, un reconocimiento equitativo con el cual ambos se hacen cargo y son responsables en igual medida del cuidado y crianza de sus hijos.

Este tipo de figura de custodia compartida en donde ambos progenitores son responsables en igual medida del cuidado, educación y desarrollo de sus hijos menores de edad posterior a una ruptura familiar, no hace más que concordar con el actual momento social en el cual tanto hombres como mujeres son iguales ante la ley, ejercen los mismos derechos y pueden cumplir con las mismas obligaciones indistintamente. No se puede concebir que dentro de un Estado de derechos como el nuestro en donde se garantiza la igualdad de condiciones del colectivo exista aun una discriminación hacia uno u otro progenitor etiquetándolo como progenitor no custodio y limitando el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones para con su hijo menor de edad, como ocurre con la aplicación de la custodia monoparental. Es por esta razón que la tendencia actual en nuestra sociedad es la de buscar prácticas más igualitarias y que garanticen el mismo goce de los derechos de las personas en este caso de ambos progenitores indistintamente de si conviven o no en familia.

3.3 La Custodia Compartida como Alternativa ante la Realidad Social Actual

Hablar de la custodia compartida, es tocar un tema que ha ido adquiriendo fuerza a nivel global; puesto a que la tendencia se está desarrollando cada vez más en ir dejando de lado a un sistema clásico y muchas veces más perjudicial para el interés del niño, refiriéndome a nuestro sistema actual de custodia monoparental,

para dar paso a un moderno sistema de custodia compartida que, ya ha sido adoptado en países de Europa y Norteamérica, y que en la realidad social actual que vive nuestro país, cada vez es más demandada su búsqueda, por parte de los llamados progenitores responsables para que les sea aplicado este derecho que, no está reconocido aún por nuestro ordenamiento jurídico, no obstante ni su aplicación está prohibida, dando la posibilidad para que en concordancia a lo ya establecido por los Convenios internacionales, la Constitución y las leyes correspondientes, se lleve a cabo una inclusión de esta figura legal en los correspondientes cuerpos normativos ecuatorianos, conducente a aplicar y reconocer que ésta figura de custodia compartida sea de aplicación prioritaria ante los casos de rupturas familiares.

La figura de la custodia compartida está encaminada a proporcionar un mayor bienestar hacia los hijos menores de edad de poder criarse conjuntamente con sus dos progenitores, además busca reconocer el derecho que tienen los progenitores de poder tener junto a ellos a sus hijos y encargarse de su desarrollo integral, “la custodia compartida, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el “confort psicológico” de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo”(FavorFilii, 2016).

De igual manera, dentro de nuestro país se está evidenciando esta necesidad de contar con una custodia compartida para padres separados, la misma que se ha manifestado de varias maneras tales como marchas, movimientos y blogs; así por ejemplo en el último año el titular redactado, “Padres piden tenencia compartida de

hijos”³, por parte del diario El Tiempo en su portal web, demuestra esta nueva tendencia a dejar de lado el reconocido régimen de visitas, y establecer un nuevo método de tenencia de los niños de padres separados, como lo es la custodia compartida.

3.3.1 La Custodia Compartida en la Legislación Extranjera

Alrededor del mundo ya se está adoptando al sistema de custodia compartida como el más acorde en cuanto a su aplicación para los casos de rupturas y crisis familiares, en donde las parejas que tienen hijos en común menores de edad se separan o divorcian, es así como presento la situación de la custodia compartida en los siguientes países:

3.3.1.1 Legislación Alemana

En este país se reconoce a la custodia compartida bajo el nombre de “custodia común”, término que tiene su origen en el año de 1983; y fue concretamente desarrollado por parte del congreso que se llevó a cabo en Bruehi, en donde se decidieron los siguientes aspectos: en primer lugar en los denominados casos normales, es decir aquellos en los que simplemente existe una separación de cónyuges con hijos menores de edad, el juez deberá decidir concediendo a ambos progenitores el derecho de custodia común y, si su decisión es otra, la misma deberá ser completamente motivada y justificada; en segundo lugar, el juez deberá en todos los casos, adoptar la medidas necesarias para que se pueda efectivizar una custodia común entre progenitores separados y, al presentársele situaciones de carácter conflictivo en donde no sea posible establecer una custodia común, se deberá

³<http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/153219-padres-piden-tenencia-compartida-de-hijos/>

demostrar su inviabilidad de aplicación previo a establecer otro sistema de custodia y dictar sentencia

Actualmente en Alemania “*prevalece la custodia común, sin embargo, si una de las partes está en desacuerdo puede solicitar al Tribunal familiar la cesión del cuidado paterno a título unilateral, debiendo para ello estar de acuerdo el otro padre, salvo que el menor haya cumplido catorce años y se oponga a dicha cesión, o que en todo caso el cuidado unilateral sea más beneficioso para el menor*”(Eiranova Encinas, 1998, p. 488).

Dentro de esta legislación entonces, se reconoce y protege a la custodia común como prioridad ante los casos de separación y crisis familiares; pero no es un sistema rígido puesto que permite establecer otro sistema de custodia siempre y cuando no sea posible aplicarse una custodia común y acertadamente permite la opinión de los adolescentes mayores de 14 años previo a cualquier toma de decisión contraria a la custodia común.

3.3.1.2 Legislación Francesa

La sociedad francesa calificó a la custodia monoparental como un sistema de discriminación tanto femenina como masculina y se estableció que ambos progenitores deban ser responsables de la crianza cotidiana de los hijos en igual medida a través de una custodia compartida cuya finalidad se basa en evitar dicha discriminación existente hasta el año 2002, año en el cual con fecha de 5 de marzo, se expide la ley de “autoridad parental”, dentro de la cual se elimina la expresión “custodia” para dar paso a un sistema denominado como “coparentalidad” que busca

promover un ejercicio equilibrado en la vida profesional y familiar de los progenitores.

Este sistema de coparentalidad se trata de un plan de custodia mutua, elaborada por los propios progenitores previo a su separación en lugar de que los tribunales impongan su decisión sobre el futuro de los hijos menores de edad; en donde también los progenitores deberán acordar la residencia de su hijo de modo alternativo en el domicilio de cada uno de ellos, o de manera fija en el domicilio de uno solo de los progenitores, en cualquier caso no se exime la responsabilidad de ambos de criar y educar a sus hijos de manera conjunta.

El sistema de coparentalidad francés, además de permitir a los progenitores elaborar un plan decidiendo el futuro de sus hijos, faculta al juez para disponer en base al principio del interés superior del niño, un sistema de ejercicio monoparental de patria potestad.

A pesar de que la terminología utilizada en el sistema francés, sea diferente de la “custodia compartida”, ya que es utilizada la expresión “coparentalidad”, es evidente que su finalidad es la misma, la de llegar a establecer una alternancia responsable en la crianza de los hijos menores de edad, por parte de sus progenitores.

3.3.1.3 Legislación de los Estados Unidos de Norteamérica

Es importante mencionar que la custodia compartida tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, del cual se pueden traducir los siguientes sistemas: “shared custody”, que es el equivalente en español de custodia compartida, pero que en la práctica dicha expresión no es utilizada, sino que para referirse a ella se evoca el

término “joint custody”, que traducido al español significa “custodia conjunta” y que es el término mayormente aceptado por los diversos Estados que conforman dicho país dentro de cada una de sus legislaciones referentes a divorcios.

La mencionada “joint custody” o custodia conjunta, a su vez se clasifica en primer lugar en una “custodia legal conjunta”, la cual es el equivalente a nuestra figura jurídica de la patria potestad, en donde los progenitores comparten el derecho a decidir sobre la autoridad y responsabilidad sobre sus hijos menores; y en segundo lugar por una “custodia física conjunta”, la cual se asemeja a la “custodia compartida”, en donde los progenitores tienen el derecho a compartir el domicilio con su hijo menor de edad, aunque en el sistema anglosajón, este derecho en la práctica no tiene que ser forzosamente equitativo en cuanto a la asignación del tiempo para que cada progenitor pueda convivir con su hijo.

Dentro de los Estados Unidos de Norteamérica, la figura de la custodia compartida o “joint custody” como la conocen, se encuentra vigente de manera pionera en el estado de Indiana en el año de 1972; posteriormente se acogió desde 1995 en Montana, pasando por Iowa en el año de 1999, lo propio en Maine y Missouri a partir de 2001 y en la actualidad se encuentra reconocido por 19 estados entre los cuales destacan Alabama, California, Florida y Texas.

3.3.1.4 Legislación Colombiana

Nuestra hermana República de Colombia, a diferencia de la nuestra, y, a pesar de que cuenta con ordenamiento jurídico y realidades similares, ya ha reaccionado ante la necesidad social de regular la custodia compartida en su legislación, tomando como punto base su Constitución, dentro de la cual y a

semejanza de la nuestra, se reconocen iguales derechos para los progenitores, así como la protección del estado a la familia como núcleo de la sociedad. Alrededor de la carta magna colombiana, desde el año 1991, se han propuesto diversos debates sociales conducentes a obtener una efectiva igualdad entre los progenitores con respecto al cuidado y crianza de sus hijos; llegando así a concretarse la elaboración de un proyecto de ley en el año 2008, cuyo texto entró en vigencia en abril de 2009, dentro del cual se logró establecer la figura de la custodia compartida de los hijos menores de edad.

Dicho cuerpo legal está conformado por 9 artículos, dentro de los cuales sobresale relevancia la redacción expresa que otorga la custodia y cuidado personal de los hijos a ambos progenitores, los cuales en caso de separación podrán mantener dicha custodia por periodos iguales de tiempo basados en un acuerdo mutuo el cual el juez deberá calificar y aprobar.

Además esta ley permite la reducción o privación de este derecho para uno de los progenitores, basado en el principio del interés superior del niño, y que además se demuestre la existencia de motivos reales que atenten contra la seguridad y protección del menor, o cuando su progenitor sea acusado y declarado en inaptitud de ejercer su derecho a la custodia de su hijo.

A nivel global cada vez son más las legislaciones que acogen la figura de la custodia compartida dentro de sus ordenamientos jurídicos, dando por demostrado que se trata de la mejor opción a tomar en cuenta para los casos de crisis y rupturas familiares, donde los más afectados son los hijos menores de edad y que para los

cuales en principio de su interés superior, se debe tomar la decisión más favorable y además acorde con los derechos de igualdad de condiciones de sus progenitores, los cuales deberán en igual medida responsabilizarse por los cuidados y crianza de sus hijos, puesto a que son ellos los que se separan entre sí, pero esta decisión no debe terminar separándoles también de sus hijos.

3.3.2 La Custodia Compartida a Favor del Interés Superior del Niño

Ya se trató en el capítulo anterior, lo referente al interés superior del niño, por ahora queda enmarcar las razones por la cuales este principio, es base para poder aplicar la custodia compartida como sistema que beneficia al niño y a su interés superior en los casos de separación o divorcio de sus progenitores.

Acuña San Martín realiza una relación referente a la custodia compartida con relación al interés superior del niño indicando que: *“En abstracto, el interés de todo menor en este ámbito –relaciones personales con los progenitores producida la ruptura del matrimonio de los padres– consiste, como había anticipado, en seguir comunicándose con ambos padres, en la conservación de la relación personal con sus dos progenitores. Desde el ámbito de la psicología también se reconoce que el mejor interés del menor, cuando los padres se separan, consistirá en evitarle la separación psicológica de cualquiera de sus progenitores y estimularlo para que mantenga unas relaciones positivas con ambos”*(Acuña San Martín, 2014, p. 110).

La figura de la custodia compartida, beneficia al interés del niño en cuanto el mismo, podrá seguir manteniendo relaciones afectivas permanentes o regulares con sus progenitores, además de poder obtener de cada uno de ellos la educación y crianza integral de una manera equitativa y atendiendo no solo a los derechos del

niño sino también a los derechos que poseen los progenitores de no ser alejados de sus hijos al momento de separarse de su pareja.

En los casos de separaciones o divorcios de parejas, es innegable que sus hijos menores de edad sean los más afectados; ya que pasan a afrontar una realidad para la cual, por su grado de madurez temprana, producto de su limitada edad, no están preparados; produciéndoles grandes traumas y afectaciones psicológicas ya que en el fondo del caso, los hijos no solamente viven una separación de sus progenitores entre sí, sino que también sufren una separación y alejamiento obligado con cada uno de sus padres.

En nuestro sistema actual de custodia monoparental, se obliga al menor a convivir con solamente uno de sus progenitores, restringiendo la interacción del menor con su otro progenitor a una limitada cantidad de horas a la semana determinadas por un régimen de visitas, que muchas veces va en contra del interés superior del niño ya que no garantiza la totalidad de sus derechos fundamentales como lo son el derecho a recibir un desarrollo y educación integral con la participación equitativa de sus progenitores.

Pérez Martín justifica la aplicación de la custodia compartida como favorable al interés superior del niño de la siguiente manera: *“Hay que indicar que la custodia conjunta o compartida se ampara legalmente en 2 derechos fundamentales: por una parte, el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores, de acuerdo con la Carta de los Derechos del Niño; y por otro, el derecho y deber de los padres a prestar asistencia sus hijos, recogido en la Constitución, así como velar*

por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según se indica en el Código Civil”(Pérez Martín, 2007, p. 257).

Por lo tanto, la figura de la custodia compartida, presenta mayores ventajas al momento de decidir sobre el futuro de los hijos menores de edad en caso de separación de sus progenitores, al garantizar de manera más amplia el efectivo ejercicio de sus derechos, precautelados por el principio del interés superior del niño. Y no solo estamos frente a la necesidad de proteger los derechos de los hijos menores de edad de poder desarrollarse con sus dos progenitores sino también la de reconocer que tanto padre como madre se encuentran en igualdad de condiciones y por lo tanto es su derecho el poder seguir ejerciendo y participando en igual medida del cuidado de sus hijos con posterioridad a su separación.

3.3.3 Principios Inspiradores de la Custodia Compartida

Además del principio del interés superior del niño, el cual es el pilar de la búsqueda de la implementación de la custodia compartida, contamos con otros principios importantes que a su vez dan soporte y justificación a la custodia compartida como mejor opción a tomar en cuenta por los tribunales para los casos de separación y crisis familiares, los cuales son:

3.3.3.1 Principio de Corresponsabilidad Parental

Principio reconocido en la Constitución del Ecuador en sus artículos 69 y 83 numeral 16 y que consiste en reconocer y otorgar una asignación igualitaria y responsable de derechos y obligaciones que los padres deben cumplir para con sus hijos. No debe existir discriminación alguna hacia los progenitores por su calidad de padre o madre y sobre todo el niño en base a su interés superior merece ser criado de manera responsable y conjunta por sus dos progenitores, independientemente de que

vivan o no bajo el mismo techo. De esta manera se iría dejando de lado la antigua creencia de que la madre es la única adecuada de ostentar el derecho de la crianza y cuidado de sus hijos, otorgándole al padre la oportunidad de poder ser partícipe de estas mismas labores para con sus hijos.

Tamayo Haya hace referencia al principio de la corresponsabilidad parental indicando que: *“De este modo se fomentan las relaciones de familia en libertad en el sentido de que se otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro. Y al mismo tiempo se apuesta por la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer que paulatinamente deja de ser la única responsable del cuidado de los hijos a medida que se va incorporando al mercado laboral. El grado de corresponsabilidad se ha ido incrementando en los últimos años en condiciones de paridad de cara a la atención y cuidado de los hijos. Es una realidad innegable y el ordenamiento debe contener una previsión legal que lo contemple coadyuvando a la consecución de una sociedad más igualitaria”*(Tamayo Haya, 2007, pp. 668-669).

Este principio que otorga a ambos progenitores los mismos derechos y obligaciones en la crianza de su hijo; se encuentra reconocido además en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral 1 del artículo 18, en donde se obliga a los Estados partes de la convención a crear leyes y políticas favorables a reconocer y garantizar el cumplimiento de la corresponsabilidad parental en el desarrollo integral del niño, atendiendo en primer lugar a su interés superior.

3.3.3.2 Principio de Coparentalidad

Reconocido por los artículos 44 y 45 de nuestra Constitución de la República, consiste en garantizar que el hijo mantenga relaciones afectivas con cada uno de sus progenitores de manera estable y regular, incluso ante los casos de crisis familiares en donde las relaciones de los progenitores entre si se hayan visto terminadas. Se busca preservar la cotidianidad del ejercicio de las relaciones y actividades propias que independientemente cada uno de los progenitores puede mantener con su hijo.

Este es el principio mayormente afectado dentro de la figura de custodia monoparental, en donde posterior a la separación o divorcio de los progenitores se rompe la posibilidad de convivencia del hijo con uno de ellos. El objetivo es claro y se trata de no arrastrar al hijo a que sufra las mismas consecuencias de la separación de sus progenitores, sino que esta ruptura le afecte en la menor medida posible, permitiéndole seguir compartiendo de igual manera tanto con su padre como con su madre y evitar así ser objeto de pugnas y disputas entre los progenitores al tratar mutuamente de arrebatarle la custodia de su hijo; circunstancia que se busca eliminar mediante la implementación de la figura de la custodia compartida.

3.3.3.3 Principio de Igualdad entre Progenitores

Para la ley, ninguno de los progenitores es superior o posee mayor cantidad de derechos que el otro, sino que ambos gozan de igualdad de condiciones y se encuentra reconocido por el artículo 67 de nuestra Constitución.

Esta realidad es palpable cuando los padres viven en unión familiar conjuntamente con sus hijos bajo el mismo techo; tanto padre como madre son vistos y considerados iguales dentro y fuera del hogar, y esta igualdad debe prevalecer aún

con posterioridad a su separación o divorcio, y garantizarse que continúen ejerciendo las relaciones parentales que deben mantener con sus hijos de manera simétrica proporcional a las mismas relaciones que mantenían en su hogar previo a su separación.

La custodia compartida, en los casos de crisis familiares, busca mantener esa igualdad de condiciones que los progenitores tenían previo a su separación, evitando así que la ley los considere como diferentes entre sí y otorgue más facultades a un progenitor con relación al otro.

3.4 Incorporación de la Figura de la Custodia Compartida en Nuestro Ordenamiento Jurídico y ventajas

3.4.1 Normas Constitucionales que Posibilitan la Inclusión de la Custodia Compartida en el Ecuador

Dentro de lo desarrollado por nuestra Constitución, en concordancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño de la cual el Ecuador es parte, podemos recopilar varios artículos que protegen los derechos de los niños y que garantizan el cumplimiento del principio del interés superior así como también aquellos que posibilitan la inclusión de la custodia compartida como alternativa para resolver la situación de los niños ante los casos de crisis familiares y que se exponen a continuación:

El artículo 44 señala *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés*

superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. 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.”(Asamblea Constituyente, 2008)

Se responsabiliza al Estado, la sociedad y la familia del desarrollo integral del niño, para nuestro caso al ser tanto padre como madre, parte de la familia del niño, se les debe otorgar por parte del Estado, igualdad de condiciones, y la facultad de poder mantenerlas con posterioridad a su separación, para que pueda llevar a cabo y garantizar el efectivo desarrollo integral del niño.

Se garantiza el pleno goce de los derechos de los niños en atención a su interés superior, según la redacción de este artículo, son el Estado, la sociedad y la familia los encargados de velar por el cumplimiento de todos los derechos de los niños reconocidos en la Constitución; además se reconoce al entorno familiar como parte de su desarrollo integral, por lo tanto no se le puede separar al niño sin justificación alguna de cualquier miembro de familia que forme parte de su entorno es decir padre, madre o en algunos casos ciertos miembros de su familia ampliada.

Continuando con el artículo 45 que dispone “*Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su*

edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar...”(Asamblea Constituyente, 2008)

Parte primordial del presente artículo se basa en el reconocimiento que realiza el Estado al niño como sujeto de derechos, además de otorgarle todos los derechos comunes del ser humano y los derechos propios de su edad como lo son el de tutela y protección del Estado la sociedad y la familia. La Constitución mediante este artículo brinda protección al niño desde su concepción y enumera en su parte final una serie de derechos que forman parte de su correcto desarrollo tanto físico como psicológico.

El derecho a la convivencia familiar que tienen los niños debe ser garantizado y protegido en cualquier momento de su vida, inclusive si sus padres se encuentran separados; el niño tiene derecho a convivir de igual manera tanto con su madre como con su padre y además este derecho de convivencia familiar aplica también al momento de mantener las relaciones afectivas que tenga el niño con su familia ampliada.

Por otra parte el artículo 67 en relación a la igualdad de los progenitores “*Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente*

la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes...”
(Asamblea Constituyente, 2008)

En su momento, ya se llevó a cabo un estudio de los diferentes tipos de familias que pueden presentarse dentro de una sociedad y lo que hace el artículo 67 de la Constitución dentro de su redacción no es más que reconocer todos los diversos tipos de familias existentes, además de garantizar su protección puesto a que se los considera y califica como núcleo fundamental de la sociedad, es decir; la familia es la base social del Estado.

Tal y como se mencionó dentro del principio de igualdad de los progenitores, la Constitución garantiza que los integrantes de la familia gocen de igualdad de derechos y oportunidades, y se trata de un derecho absoluto ya que siempre será válido y aplicable sin importar si los progenitores de un niño se encuentren viviendo juntos o separados. Es decir la separación o divorcio de los progenitores no es causa para que se les restrinjan derechos respecto de la crianza y cuidado de sus hijos.

Contamos con el artículo 69 referente a la corresponsabilidad parental que indica *“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

1. 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.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”(Asamblea Constituyente, 2008).

Sin duda el artículo 69, constituye la base más importante sobre la cual se puede asentar la figura de la custodia compartida en el Ecuador; puesto a que promueve la corresponsabilidad parental de los progenitores para con sus hijos, inclusive en aquellos casos en los cuales se han visto separados entre sí por cualquier motivo.

El artículo 69 en su numeral 1 establece que el Estado promoverá la maternidad y paternidad responsables, es decir que tanto padre como madre sean responsables en igual medida de la crianza y educación de sus hijos, hasta con posterioridad a su separación, con lo cual la custodia compartida se convierte en el medio más efectivo e idóneo para lograr la consecución de este fin.

Por otra parte en su numeral 2 se establece que el Estado deberá promover la corresponsabilidad parental esto es, el desarrollo compartido de las obligaciones y deberes existentes entre progenitores para con sus hijos y vigilará el cumplimiento, es decir que será de carácter obligatorio el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes recíprocos o en otras palabras que se deben los unos a los otros y viceversa entre padres madres, hijas e hijos.

Por último el artículo 83 expresa que *“Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:*

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesite”(Asamblea Constituyente, 2008)

Por último tenemos el artículo 83 que en su numeral 16 nuevamente nos habla sobre la corresponsabilidad parental, y en esta ocasión es más claro al especificar que los deberes de educación y crianza que tienen los padres para con sus hijos debe ser realizado en igual proporción; es entonces pues, inconcebible la idea de una educación y crianza equitativa para hijo menor de edad bajo un sistema de custodia monoparental que lo único que hace es restringir estos derechos al establecimiento de un limitado régimen de visitas dentro del cual no se puede cumplir con todas estas prerrogativas a favor del niño por parte del progenitor no custodio.

3.4.2 Normas dentro del Código de la Niñez y Adolescencia que Posibilitan la Inclusión de la Custodia Compartida en el Ecuador

Nuestra legislación orgánica continua desarrollando lo dispuesto por nuestra Constitución en relación a la posible inclusión de la figura de la custodia compartida dentro de los siguientes artículos que serán explicados a continuación.

Comenzamos por el artículo 9 que expresa *“La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.*

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos” (Congreso Nacional, 2003)

En la norma Constitucional se reconocía a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en el Código de la Niñez y Adolescencia en cambio se brinda la debida protección a la familia al reconocerla como el espacio natural y fundamental es decir como aquel espacio idóneo y necesario del cual el niño puede obtener su mayor provecho y alcanzar su verdadero desarrollo integral.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 9, utiliza el término “responsabilidad compartida”, para referirse a las obligaciones que tienen los progenitores para con sus hijos menores de edad. Dicha responsabilidad compartida debe prevalecer aun en los casos de separación de los progenitores para los cuales se debe establecer un régimen capaz de satisfacer las necesidades de crianza y educación de los niños respecto de cada uno de sus progenitores y en igual medida y que la figura de la custodia monoparental no logra cubrir en su totalidad.

Continuando con el artículo 21 referente a las relaciones entre padres e hijos *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.*

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.”(Congreso Nacional, 2003)

La ley protege a las relaciones afectivas entre padres e hijos y establece que estas deban ser personales y regulares, es decir directas y en lapsos de tiempos alternados que les permita a los niños poder compartir su tiempo de una manera equitativa con sus padres. La ley pone hincapié en mantener estas relaciones afectivas regulares especialmente en los casos de separación de los progenitores, para que dicha separación no tenga repercusiones ni afecte los lazos de unión y afecto entre hijos y padres separados.

Esta protección hacia el derecho de poder mantener contacto afectivo de los niños con sus progenitores no puede ser denegada bajo ningún concepto ya sea por falta de recursos económicos o por la separación de sus progenitores con la única excepción de que se demostrare frente a la autoridad competente que el ejercicio de este derecho puede resultar perjudicial para el niño y su interés superior como lo que sucede en los casos de corrupción de menores.

Finalmente contamos con el artículo 100 en relación a los deberes y responsabilidades de los padres para con los hijos de la siguiente manera *“El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.”(Congreso Nacional, 2003)*

El artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia distribuye en partes iguales los deberes y responsabilidades que tienen los padres para con sus hijos, cabe recalcar que la ley en todo su cuerpo no dispone que esta igualdad de derechos de los padres para criar a sus hijos, solamente puedan ser ejercidos mientras convivan en familia, es decir que los padres cuentan con los mismos derechos y obligaciones para con sus hijos indistintamente de si vivan o no juntos, por lo tanto y en conclusión, la legislación Ecuatoriana admite ampliamente la posibilidad de que se pueda implementar un sistema de custodia compartida para los casos de separación o divorcios de parejas con hijos menores de edad.

3.4.3 Ventajas de la Custodia Compartida

Luego del análisis que hemos realizado consideramos como ventajas de la custodia compartida, las siguientes:

- Es la figura más compatible con el principio de corresponsabilidad parental; al dividir de manera equivalente los derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos.
- Disminuye a los niños en gran medida los efectos negativos producidos por el divorcio de sus padres, al garantizarle la continuidad de la relaciones afectivas regulares con cada uno de ellos.
- Se posibilita a los progenitores poder seguir ejerciendo la totalidad de sus derechos, además de participar activa y regularmente del desarrollo y crianza de sus hijos, evitando así el sentimiento de pérdida y demás afectaciones psicológicas a los niños consecuentes de la ruptura de sus padres.

- Fomenta el crecimiento y educación del niño, basados en principios de igualdad y equidad de género. El niño crece con la idea de que tanto padre y madre, así como hombre y mujer son socialmente iguales y capaces.
- Permite la cooperación y el trabajo conjunto de los progenitores en las labores de crianza y cuidado de sus hijos.

Conclusiones

Hemos establecido que el núcleo de la sociedad es la familia y la base de la familia es predominantemente el matrimonio; también se ha demostrado la importancia de los niños en la familia, pues son parte fundamental sobre la cual la misma se asienta y al rededor del cual giran todos sus demás miembros, dado el importante papel que desempeñan de continuidad y permanencia de la familia a través del tiempo y que en consideración a su estado de vulnerabilidad por motivo de su escasa edad debe ser prioridad del Estado, la sociedad y la familia velar por la protección de los niños en todos los aspectos de su vida mediante la implementación de políticas encaminadas a su protección en atención a su interés superior y a la satisfacción de todas sus necesidades dentro de la sociedad.

No todas las relaciones familiares resultan inquebrantables, pues existen situaciones en donde dichas relaciones concretamente entre padres de familia llegan a romperse terminando en una separación de la cual los hijos menores de edad en todos los casos terminan siendo los más afectados emocionalmente. Ante estos casos de crisis familiar dentro de los cuales existan hijos menores de edad de por medio, es menester que en atención a su interés superior como principio garantista, el Estado y las autoridades encargadas de resolver su situación posterior a la separación de sus progenitores, velen por otorgarles la mejor condicionen base a lo que sus necesidades ameritan; buscando reducir en la mayor medida de lo posible el impacto que les ocasiona el asimilar la separación de sus progenitores.

Actualmente en el Ecuador se cuenta con un sistema inicuo de custodia monoparental, para dichos casos de crisis familiar con hijos menores de edad de por medio, ya que en la mayoría estos casos termina prefiriendo y otorgando la custodia

a las madres antes que a los padres, dejando de lado la observancia de principios tales como la equidad de género y la igualdad de toda persona ante la ley. Pero se ha llegado a la conclusión de que en atención a las nuevas exigencias sociales, además de la necesidad de actualización constante del Derecho es necesario que en base a la igualdad de derechos de todos los individuos y al derecho de todo niño de poder crecer junto a sus dos padres se opte por una mejor alternativa en atención a dichos casos como la ya demostrada custodia compartida.

La figura de la custodia compartida presenta varias ventajas y mejores alternativas para la reducción del golpe anímico y emocional que experimentan los niños ante la ruptura de sus padres permitiendo que posterior a dicha separación los hijos puedan seguir manteniendo en igual proporción y medida el contacto periódico con cada uno de sus progenitores evitando así la eventual separación afectiva con su progenitor no custodio del cual no puede mantener contacto periódico consecuencia que conlleva la actual figura de custodia monoparental.

El Estado no ha rechazado la posible inclusión de la custodia compartida dentro de su ordenamiento jurídico interno, más bien mediante lo establecido por su Constitución y su Legislación Orgánica, como ya se lo ha demostrado, deja abierta la posibilidad de que se pueda dar paso a la aplicación de la custodia compartida como mejor alternativa para la tenencia de hijos de padres separados. De manera positiva nuestra legislación reconoce y garantiza las obligaciones de corresponsabilidad parental, así como el derecho de igualdad de condiciones entre progenitores, la coparentalidad así también como el derecho de los niños de crecer junto a sus padres, permitiendo que en lo posterior el reconocimiento, inclusión y aplicación dentro de

nuestro ordenamiento jurídico de esta figura alternativa y superior a la custodia monoparental como lo es la custodia compartida pueda convertirse en realidad.

Bibliografía

- Acedo Penco, A. (2013). *Derecho de familia*. Madrid, España: Dykinson.
- Acuña San Martín, M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Madrid, España: Dykinson.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (19 de Junio de 2015). Ley Reformativa al Código Civil. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial No. 526. Año III.
- Asamblea Nacional. (28 de Julio de 2009). Ley s/n, R.O. 643-S. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Bayebach, M. (2010). *La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales*. Madrid, España: Cuadernos de derecho judicial CGPJ.
- Betancourt, F. (2007). *Derecho romano clásico*. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.
- Cabanellas de Torres, G. (1998). *Diccionario jurídico elemental*. Argentina: Heliasta.
- Cabrera Vélez, J. (2010). *Interés superior del niño*. Quito, Pichincha, Ecuador: Cevallos.
- Calvo, S., & Kozicki, C. (1998). *Los derechos del niño en la familia: Discurso y realidad*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Buenos Aires.
- Camacho de Chavarría, A. (2004). *Derecho sobre la familia y el niño*. San José, Costa Rica: EUNED.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (7-22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- Comité de los Derechos del Niño. (29 de Mayo de 2013). *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Obtenido de Sitio web de la Unicef:
http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf
- Congreso Nacional. (3 de Julio de 2003). Código de la niñez y adolescencia. Quito, Pichincha, Ecuador.

Cortés, M., Dolores Justicia, M., & Cantón Díaz, J. (2007). *Conflictos entre los padres, divorcio y desarrollo de los hijos*. Granada: Universidad de Granada.

Del Picó Rubio, J. (2011). Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Ius et Praxis* .

Echeverría Guevara, K. (2011). *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Granada, España: Universidad de Granada.

Eiranova Encinas, E. (1998). *Código civil alemán comentado BGB*. Madrid, España: Marcial Pons.

FavorFilii. (2016). *Motivos para la Custodia Compartida*. Obtenido de FavorFilii: <http://favorfilii.com/motivos-para-la-custodia-compartida/>

Fernández Baquero, M. (2012). Definición jurídica de familia en el Derecho Romano. *Revista de derecho UNED* .

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón*. Madrid, España: Trotta.

Golombok, S. (2006). *Modelos de familia. ¿Qué es lo que en verdad cuenta?* Barcelona, España: Graó de Irif, S.L.

Guaraca Duchi, J. (2012). *Derecho de la niñez y familia*. Quito, Pichincha, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

H. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador.

H. de Man, J. (2012). *ResearchGate*. Obtenido de https://www.researchgate.net/profile/Jan_Piet_H_De_Man/publications

Ivars Ruiz, J. (2008). *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Larrea Holguín, J. I. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.

Lathrop Gómez, F. (29 de Junio de 2009). Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones Jurídicas y sociológicas. *Diario La Ley* .

López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* .

Mazeaud, H., & Mazeaud, L. (1959). *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.

Medina Pabón, J. (2008). *Derecho civil: Derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Morales Alvarez, J. (1992). *Derecho civil de las personas*. Cuenca, Azuay, Ecuador: Talleres graficos: UDA.

Organización de las Naciones Unidas. (2 de Septiembre de 1990). Convención sobre los derechos del niño.

Organización de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1959). Declaración de los Derechos del Niño.

Pérez Martín, A. (2007). *Procedimiento contencioso: Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*. Valladolid, España: Lex Nova.

Pinto Andrade, C. (2009). *La custodia compartida*. Barcelona, España: Bosch.

Pinto, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Argentina: Editores del puerto.

Ragel Sánchez, L. F. (2001). *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*. Madrid, España: Dykinson.

Ramírez Gronda, J. (1942). *Diccionario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Claridad.

Real Academia de la Lengua Española. (2016). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado el 26 de Enero de 2016, de Asociación de Academias de la Lengua Española: rae.es

Rodriguez Pinto, M. (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho Chileno de Familia. *Revista Chilena de Derecho* .

Rómbola, N., & Reboiras, L. (2007). *Diccionario de Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Ruy Díaz.

Sociedad de las Naciones Unidas. (1924). Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño. Ginebra.

Tamayo Haya, S. (2007). La custodia compartida como alternativa legal. *Revista crítica de derecho inmobiliario* (700).

Torres Zárate, F., & Gracia Martínez, F. (2007). El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana* .