

57

LA CUSTODIA COMPARTIDA UN PALIATIVO AL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

CUSTODY SHARED A PALLIATIVE TO PARENTAL ALIENATION SYNDROME

Marbelle Sofia Espinosa Encarnación¹

E-mail: mespinosa3@utmachala.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6524-6384>

Byron Gustavo Pucha Peláez¹

E-mail: bpucha2@utmachala.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2681-5780>

Mónica Eloiza Ramón Merchán¹

E-mail: mramon@utmachala.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1191-863X>

¹ Universidad Técnica de Machala. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Espinosa Encarnación, M. S., Pucha Peláez, B. G., & Ramón Merchán, M. E. (2020). La custodia compartida un paliativo al síndrome de alienación parental. *Revista Conrado*, 16(73), 434-441.

RESUMEN

La custodia compartida permite mantener la relación del menor con ambos progenitores; sin embargo, en la práctica y en la impartición de justicia a la hora de determinar la custodia se evidencian falencias que provocan trastornos emocionales y afectivos como el síndrome de alienación parental. Con el objetivo de establecer algunas consideraciones relevantes que guardan relación a la custodia de los hijos(as), se realizó una investigación descriptiva de tipo revisión bibliográfica. La estrategia metodológica aplicada se sistematizó mediante los métodos histórico-lógico, exegetico, análisis de contenido y analítico-sintético. Entre los hallazgos más relevantes se encuentra el vacío legal existente en el ordenamiento legislativo ecuatoriano respecto a la figura de la custodia compartida, lo que acarrea la vulneración del principio del interés superior del menor y contribuye a la aparición en el menor del síndrome de alienación parental.

Palabras clave:

Custodia compartida, síndrome de alienación parental, interés superior del menor.

ABSTRACT

Shared custody allows the minor's relationship with both parents to be maintained; however, in practice and in the delivery of justice when determining custody, flaws are evident that cause emotional and affective disorders such as parental alienation syndrome. In order to establish some relevant considerations related to the custody of the children, a descriptive investigation of the bibliographic review type was carried out. The methodological strategy applied was systematized by historical-logical, exegetic, content analysis and synthetic-analytical methods. Among the most relevant findings is the legal vacuum existing in the Ecuadorian legislative system regarding the figure of shared custody, which leads to the violation of the principle of the best interests of the child and contributes to the appearance in the minor of the parental alienation syndrome

Keywords:

Shared custody, parental alienation syndrome, the best interests of the child.

INTRODUCCIÓN

La corresponsabilidad parental traducida en los derechos y deberes de los progenitores se convierte en el ejercicio de cada una de las funciones parentales en relación con los hijos enfatizándose el Interés Superior del menor; más aún cuando éste se encuentra ante la situación de separación de los padres y uno de ellos lo utiliza con el fin de indisponer al otro, lo que se traduce en un ambiente de disconformidad y adoctrinamiento (lavado de cerebro) del menor, que conllevan al distanciamiento y culpabilidad de uno de los progenitores por la separación (Gardner, 2002).

Estudios realizados han determinado que aquellos hijos cuyos progenitores toman la decisión de terminar su relación conyugal, o unión de hecho, se ven sumergidos en una serie de trastornos psicoemocionales, que muchas veces no son detectados por el progenitor que tiene bajo su responsabilidad a los hijos que mediante resoluciones judiciales le fueron entregados, y que en ciertos casos como sinónimo de venganza afectan emocionalmente a sus hijos haciendo que ellos asuman hasta cierto punto una aptitud negativa hacia su otro progenitor y en otras trastocando situaciones de corresponsabilidad por las razones de la ruptura conyugal.

En muchos de estos casos, se acude a la administración de justicia para que un tercero sea quien resuelva la situación legal en base a las facultades y atribuciones plasmadas en el Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009): así mediante sentencia se resuelve no solo lo relacionado con la disolución del vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho, sino también sobre la situación de los hijos, relacionada a pensiones alimenticias, régimen de visitas, y custodia al amparo del principio de interés superior conforme a lo estipulado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA).

Sin embargo, los administradores de justicia, al momento de dictar sus resoluciones aplican frecuentemente en forma incorrecta el principio de Interés Superior del menor al concretar la custodia de la prole a favor de uno de los progenitores. Junto a estos conflictos judiciales aparece un problema nuevo y ausente en la legislación ecuatoriana, llamado alienación parental. Según Fernández (2017), *“es desarrollado como una conducta obstruccionista y de manipulación del progenitor que tiene la tenencia del menor”* (p. 2), esta conducta evidentemente malogra la relación parento filial del progenitor que no está a cargo del menor.

En este contexto surge la inquietud sobre cómo repercute este proceder en el desarrollo integral del menor y cómo

se trata en la legislación ecuatoriana tan delicado asunto; en tal sentido se desarrolla este estudio con el objetivo de establecer algunas consideraciones relevantes que guardan relación a la custodia de los hijos.

METODOLOGÍA

La estrategia metodológica asumida responde a un estudio descriptivo de tipo revisión bibliográfica, se sistematizó mediante los métodos histórico-lógico, exegético, análisis de contenido y analítico-sintético (Espinoza & Toscano, 2015).

El método histórico-lógico permitió el estudio de los antecedentes de la custodia compartida. A través de la exégesis se interpretaron las normas y disposiciones de la legislación ecuatoriana relativa a la custodia de los hijos (as) después de la separación de los padres; el análisis documental junto con el método analítico sintético facilitó el estudio de los textos extraídos de una variada literatura científica especializada en las ciencias jurídicas relativas al tema, artículos científicos, libros y tesis de grado. De un total de 1632 consultas bibliográficas se derivaron por su actualidad y valor científico 216 referencias, las que sirvieron de referencia teórica en la elaboración del discurso escrito.

En este proceso la lógica investigativa fue direccionada a través de los siguientes aspectos:

- Síndrome de alienación parental.
- Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.
- Custodia compartida.
- Ventajas de la custodia compartida.
- Consecuencias de la inobservancia de la custodia compartida.
- La custodia compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

DESARROLLO

El rompimiento del vínculo matrimonial, o unión de hecho la cual se establece como una nueva forma de familia reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siempre afecta de manera directa a los hijos, aunque la mayoría de las veces no se quiere aceptar esta realidad, a sabiendas que aquella presenta un impacto negativo tanto a nivel de salud física y psicológica como escolar y social; Fariña, et al. (2017) en un análisis valorativo de tal situación consideran que estos daños podrían llegar a *“ser graves y canalizarse en enfermedades como: la obesidad, el asma, la hipertensión, etc”* (p. 11). Cabe destacar que estos se producen al momento de resolverse

situaciones fundamentales para el desarrollo del menor como: patria potestad, custodia y régimen de visitas.

Otro de estos males es el llamado Síndrome de Alienación Parental (SAP), reconocido como un trastorno que se presenta en niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo el cuidado de uno de sus progenitores que manifiesta sentimientos negativos hacia el otro. La definición del SAP fue elaborada por Gardner (2002), quien expresó que *“es un trastorno infantil en el que uno o varios hijos desarrollan un odio, desprecio o rechazo injustificado hacia uno de los padres”* (p. 6)

Por lo general este tipo de acontecimiento se evidencia en familias tradicionales que han sufrido la disolución del vínculo matrimonial de los progenitores, estos sentimientos de rechazo o negatividad del niño, niña o adolescente, son generados y prolongados por el progenitor que tiene bajo su responsabilidad la tenencia del menor como consecuencia de su separación. Según Vilalta & Winberg (2017), *“en el SAP un progenitor modela o programa al hijo para que rechace al otro”* (p. 2)

Desde el momento en que existe un divorcio contencioso en el que están involucrados hijos menores de edad la pregunta es ¿cómo se manifiesta o identifica el SAP? Esta conducta de rechazo u odio hacia uno de los progenitores desencadena síntomas de malestar en el menor ocasionando una serie de problemas psicológicos que deberían ser tratados y al mismo tiempo sancionar al progenitor responsable de aquellos.

Estudios realizados alrededor del mundo demuestran que el divorcio de los padres en hogares con hijos menores desencadena una serie de problemas emocionales para todo el núcleo familiar. Según Núñez, Pérez & Castro (2017) luego de un divorcio *“se encuentran actitudes psicopatógenas de los padres hacia los hijos y entre ellos, incluían la no comunicación o el uso de un intermediario, la ofensa y la culpabilidad hacia el otro progenitor”* (p. 10). Por otro lado, Balaguera (2017) afirma que *“el carácter legal latente en el proceso también puede agudizar la crisis, existen leyes de divorcio mediante las cuales se generan situaciones negativas que pueden derivar en el SAP”*. (p. 3)

Como se aprecia este es un mal que afecta al mundo entero y cada vez con mayor regularidad, lo que guarda relación con el incremento de los divorcios. Cada año se registra mayor número de divorcios afectando notablemente las familias, en especial aquellas con hijos menores de edad; situación no ajena al Ecuador, donde en la última década el número de divorcios aumentó en un 33,3%; solo en el año 2018 se registraron 25.670 divorcios de acuerdo con el último censo realizado (Ecuador. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2018).

No basta con que sea *“deber de la sociedad la protección de la familia como su célula fundamental”* (Badaraco, 2018, p. 2), en correspondencia el Estado promulgue normas y códigos, es menester cumplir y hacer cumplir estas disposiciones para preservar el ambiente de protección y cuidado para cada uno de sus miembros, aun cuando desaparezcan los lazos matrimoniales de los padres.

Según Briz (2018), cuando una pareja se separa o se divorcia *“es inevitable que este hecho genere dolor y afecte a sus integrantes, especialmente a los hijos, que son quienes por lo general sienten más las consecuencias de estos cambios”* (p. 2); en especial los menores reciben todo el impacto de la separación de sus padres y al quedarse al cuidado únicamente de uno de ellos después de haber vivido en una familia tradicional se desarrolla en los mismos una serie de aspectos delicados a tratar, que pueden provocar el SAP.

Criterio compartido por Pineda (2018), quien expresó que *“tal patología no solamente afecta la estabilidad y equilibrio emocional del menor, sino que provoca mayor desintegración familiar, y afectación de los derechos del menor”* (p. 2). Si el SAP perjudica notablemente el desarrollo emocional de los hijos (as), se necesita de manera urgente un proyecto de ley que permita evitar y sancionar este tipo de conductas ocasionadas por los progenitores y brindar medidas de protección suficientes a los menores.

Ante este punto de vista, para evitar el SAP en los hijos menores es ideal asumir el tema de la custodia compartida, de esa manera el impacto y el asombro será mucho menor y el ambiente familiar menos hostil. Evidentemente si en un futuro se dispusiera de un conjunto de normas que regulen las relaciones familiares después del divorcio, técnicamente hablando de la custodia compartida, se resolvería o de hecho disminuiría los casos de SAP en los hijos menores que quedan bajo el cuidado de uno de sus progenitores.

Una vez lograda la aproximación respecto al SAP y sus consecuencias, y antes del análisis sobre la custodia compartida, hay que tener en cuenta el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, el mismo que desempeña un rol importante y porque no decir que es el eje principal en todos los procesos judiciales en los que sus derechos se encuentran afectados.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de interés superior del niño, niña y adolescente se encuentra tipificado en el CONA, *“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” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2003)

Lo que responde a los acuerdos de la Convención sobre los Derechos de los Niños firmados y ratificados por 192 Estados entre los que se encuentra el Ecuador; siendo uno de los pactos más significativos del corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; considerada la Carta Magna de la niñez y la adolescencia, lo que implica que la justicia, al igual que cualquier institución, tienen la obligación de salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En su artículo 3, hace referencia a las instituciones ya sean estas públicas, privadas o de cualquier índole, que, al encontrarse el menor involucrado de manera directa, y que producto de esta situación sus derechos se encuentren en estado de vulneración, siempre se buscará precautelarlo de manera primordial.

Por su parte, Fernández (2017), expresa que el interés superior del niño, se concibe como el derecho a vivir, desarrollarse, crear su propia dignidad humana en el entorno familiar, siempre y cuando existan las condiciones y es considerado primordial frente a otros intereses antagónicos, por lo que resulta lógico que los derechos de los niños en virtud de ser precautelados van a sobresalir ante otros derechos que pudieran estar en litigio, a fin de que el niño, niña o adolescente no sufra daño, incluso por encima de los derechos que pudieran tener los mismos padres. De esta forma al precautelar el interés del menor, se garantiza que su desarrollo integral, físico y psicológico, no se afecte y pueda desempeñar una vida digna y plena dentro de la sociedad.

Desde una perspectiva más general la esencia de este principio tiende a reconocer a los menores como sujetos de derechos, que requieren ser escuchados y respetados por la sociedad; sin embargo, en la Constitución de la República, los menores se encuentran entre los llamados grupos de vulnerabilidad, catalogados así porque sus derechos son susceptibles a cualquier forma de menoscabo, ya sean daños físicos y psicológicos, producidos por el ambiente familiar disfuncional o por el entorno social en el que viven.

Por último, es conveniente acotar que a la hora de existir problemas entre los progenitores, que desencadenen en la separación, será el momento propicio para que prime el principio de interés superior, y a través de los medios de prueba presentados dentro de un proceso se pueda esclarecer los hechos y llevar al convencimiento del juez, quien deberá hacer un análisis profundo sobre la situación en la que el menor se encuentra, y mediante las reglas de la sana crítica en apego a la Constitución, al

CONA y otras normas suplementarias, decidir cuáles son las mejores condiciones para precautelar el desarrollo integral del menor.

En relación a la problemática expuesta surgen varias interrogantes, ¿están capacitados los administradores de justicia (jueces) para tomar este tipo de decisiones sobre los menores?, ¿están precautelando o no el interés superior?; En la búsqueda de respuestas a las mismas no encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, ni en el CONA, el establecimiento de procedimientos claros a la hora de aplicar este principio, dejando todo a la interpretación valorativa del magistrado encargado de impartir justicia; ¿será correcto que ante la igualdad de características entre los progenitores para el cuidado del menor, se prefiera otorgar la custodia a la madre?. Estellés (2017), manifiesta que ***“el interés de los padres no es superior al del niño cuando entran en conflicto”*** (p.7), por lo tanto, ante igualdad de condiciones la custodia compartida es la forma idónea para precautelar al menor y tratar que la relación parento filial se mantenga con ambos progenitores.

Para comprender el significado de la custodia compartida es menester un breve recuento histórico de sus antecedentes. En la cultura romana era el padre el custodio de los menores; al mismo tiempo de ser el protector del menor, los hijos eran considerados como una preciosa posesión. Con el paso de los años, a partir del siglo XIX los derechos parentales absolutos empezaron a disminuir y la sociedad empezó a reconocer a la madre como progenitora capaz de conocer las necesidades de sus hijos (López, 2015), lo que llevó a considerar a la madre como la persona idónea para la crianza y cuidado del menor, ideología que hasta cierto punto se mantiene hasta el día de hoy.

En los tiempos actuales la sociedad ha evolucionado a pasos agigantados, la mujer ha alcanzado niveles altos de integración social, manifiesta en el desempeño profesional y de productividad laboral, los mitos machistas que la mujer solo sirve para las faenas del hogar han ido quedando en el olvido.

A tenor del objeto de estudio de este trabajo, el sociólogo y profesor de la Universidad de California en Berkeley, Castells (2003), razona que la implementación de la custodia compartida puede ser considerada como una expresión al cambio social ya que refleja de un modo evidente el tránsito de un modelo de sociedad a otro, el cual supone la crisis del modelo de familia patriarcal; lo que conlleva a considerar a la mujer en un mismo nivel con respecto a las ideologías y el estatus del hombre, y que ambos están en capacidad tanto como para trabajar y

cumplir con su rol de padres y brindar el cuidado adecuado a la prole.

Pero, ¿en qué consiste la custodia compartida? De acuerdo con los médicos psiquiatras Roizblatt, Leiva & Maida (2018) es la autoridad y responsabilidad compartida por el padre y madre en la toma de decisiones respecto a sus hijos y ambos son igualmente significativos en la vida de ellos.

En tal sentido, López (2015) ha expresado que *“una custodia solo puede calificarse de compartida cuando el tiempo de convivencia sea del 40% al 45%”* (p. 4); de lo contrario al no incumplir el tiempo de convivencia se trataría de una custodia exclusiva o monoparental, ya sea esta inclinada hacia la madre o al padre, teniendo como resultado un régimen de visitas de extensa duración.

Cabe resaltar que a través de la custodia compartida se procura que el menor no resulte afectado en lo psicológico, en lo físico, en su desarrollo y desenvolvimiento dentro de la sociedad, con la finalidad de que el menor no se sienta condicionado con uno solo de sus padres, por lo contrario, el objetivo es que pueda convivir de manera conjunta con los dos progenitores.

La implementación de la custodia compartida representa grandes beneficios tanto para los menores como para los propios padres, una de las ventajas es facilitar el buen crecimiento y desarrollo, una normal adaptación a la sociedad y un aprendizaje más equilibrado del niño(a); se podría evitar desorden psicológico y cambios bruscos en su conducta.

Los niños y niñas que se encuentran bajo un sistema de custodia compartida, mantienen la relación parento filial con ambos progenitores no perdiendo la esencia de una familia tradicional; además de ello, Moreno-López & Ocaña de Valdivia (2017), fundadores de la Federación Andaluza para la Defensa de la Igualdad Efectiva (FADIE), expresan que *“se evitan sentimientos negativos, interferencias parentales en los menores (miedo al abandono, conflictos de lealtad, sentimiento de negación, suplantación); se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores que permite una mayor aceptación de la nueva situación de ruptura; se evita que se materialicen en los menores síndromes psicológicos adaptativos y preocupantes tales como el síndrome de alienación parental (SAP), el de la falsa memoria, los trastornos de conducta escolar, familiar, alimenticia, etc.”* (p. 175).

Por lo antes expuesto se puede apreciar como este sistema de custodia compartida está encaminado a mejorar

las relaciones familiares, así los menores se sentirán amados, queridos y protegidos.

Los progenitores también resultan beneficiados, pues podrán seguir compartiendo con su prole; la corresponsabilidad parental no se verá afectada, los deberes y obligaciones serán proporcionales, incluso el poder estar junto a los hijos ayuda aliviar el vacío y soledad que produce una separación (Moreno-López & Ocaña de Valdivia, 2017).

Al analizar la no aplicación de la custodia compartida, hay que enfocarse en dos puntos claves, el primero es la no inclusión como una figura legal dentro del ordenamiento jurídico, responsabilidad que recae sobre el Estado y el segundo es la voluntad de los miembros de la pareja por ejercerla, quienes en muchos casos se separan no sólo del cónyuge sino también de la familia.

Cualquiera de estos dos aspectos afecta siempre al menor; los psiquiatras Roizblatt et al. (2018), indican que *“el divorcio produce alteración en el bienestar del niño”* (p. 5), las que se manifiestan en su comportamiento, emociones y estado de ánimo; los resultados de los estudios de estos especialistas develan que los menores con padres separados son los que con mayor frecuencia han tenido que asistir a terapias, los estragos sufridos por el menor durante el proceso de separación pueden durar de 2 a 3 años, si este fue atendido oportunamente, de lo contrario podría reflejarse hasta en la adolescencia o dejar secuelas de por vida.

De igual forma las investigaciones de Moreno-López & Ocaña de Valdivia (2017), señalan la existencia de diferencias significativas entre los niños de padres separados que carecen de una figura paterna y los que han convivido con el padre, a saber los primeros son:

- 5 veces más propenso a cometer suicidio.
- 32 veces más propensos a irse de casa.
- 20 veces más propenso a tener desórdenes de conducta.
- 14 veces más propenso a cometer actos de precocidad y abuso sexual.
- 9 veces más propenso a abandonar estudios.
- 10 veces más propenso a abusar de sustancias químicas y drogas.
- 9 veces más propenso a acabar en una institución estatal.
- 20 veces más propenso a acabar en prisión.

Otro efecto traumático es la aparición de una nueva figura en el seno del hogar cuando el progenitor que ostenta la custodia decide tener una nueva pareja, al menor le toca

convivir con su padrastro o madrastra, quien en muchos casos no lo asume como un hijo(a), surgiendo así nuevos conflictos que pueden desembocar en maltrato físico y/o psicológico, y en algunos casos se corre el riesgo de abuso sexual.

Un análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano permite aseverar que aún no existe tipificada la figura de custodia compartida, la única forma de custodia reconocida en la Constitución de la República y en cierta medida por el CONA, es la no compartida, conocida también en el mundo jurídico, como custodia monoparental o exclusiva, en la que normalmente será la madre quien la obtenga, de manera que si el padre desea tener la custodia de sus hijos tendrá que presentar una demanda en contra de la madre y justificar que los derechos de los niños están siendo vulnerados.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico, tampoco existe un concepto claro sobre custodia, provocando un vacío legal, que en la práctica se ha considerado como los términos y condiciones de la patria potestad, para la aplicabilidad de la custodia del menor, desde esta perspectiva la patria potestad son: los deberes, derechos y obligaciones que mantienen los progenitores, sobre sus hijos(as) y es de forma conjunta, que al incurrir en los causales del artículo 105 del CONA se puede suspender o limitar.

En el Ecuador se ha creado una gran incertidumbre con respecto a la no aplicabilidad de la custodia compartida pues se mantiene una preferencia hacia la madre, lo que es ratificado textualmente en el artículo 106 numerales 2 y 4 del CONA en los que se manifiesta que, ante la no existencia de acuerdo entre los padres, o si ambos poseen condiciones psicológicas, económicas y sociales para hacerse cargo del cuidado y crianza del menor de 12 años, siempre se otorgará la patria potestad (custodia) a la madre, sin que afecte el principio superior del niño.

Se plantea entonces el problema, ¿afecta o no al principio superior del niño otorgarle preferencias a la progenitora? En respuesta a esta interrogante en la Carta Magna se establece que ***“el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”*** (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008); de esta forma se consagra la protección a los menores, la que recae no sólo en la familia sino también en la sociedad y el Estado, enfatizando en el desarrollo integral; disposición sistematizada en el CONA donde se han establecido normativas a favor de la salvaguarda de los derechos de los menores, haciendo énfasis en el principio del interés superior del menor, orientando a que los jueces en pleno uso de sus facultades y atribuciones están llamados a garantizar esos derechos.

Teniendo en cuenta las aportaciones de Moreno-López & Ocaña de Valdivia (2017), quienes estiman que uno de los derechos fundamentales de los menores es ***“ser cuidados y criados de forma equilibrada y continua por ambos progenitores”*** (p. 4), el sistema de custodia preferencial hacia la progenitora con el menor está vulnerando los derechos de los niños y niñas, y por lo tanto no se está precautelando el interés superior del niño.

Por otra parte, es importante resaltar que la custodia compartida, guarda relación directa con el principio de corresponsabilidad parental, la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos lo han definido como, las obligaciones que tienen los progenitores, en velar por los cuidados del menor, asistiéndolo, alimentándolo, educándolo y participando de su crianza de manera equitativa. En lo que respecta a este principio puede decirse que la custodia compartida permitiría materializar el principio de corresponsabilidad parental.

En algunos países europeos entre ellos España, Francia, Italia, Reino Unido y Alemania han implementado en su ordenamiento jurídico la custodia compartida como la principal forma de cuidado para el menor. El Dr. en Derecho Civil y profesor titular de la Universidad de Finis Terrae en Chile, Barcía-Lehmann (2017), menciona que Francia sólo aplica la custodia exclusiva cuando la compartida atenta contra el interés superior del niño; en Alemania se ha implementado una especie de principio llamado “de continuidad”, en virtud al cual el menor debe mantener la filiación con sus progenitores a pesar de que estos se encuentren separados.

La custodia compartida no sólo ha tenido relevancia en países europeos, en América del Sur, varios países ya la han implementado a saber Perú y Colombia. En comparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la aplicación de la custodia compartida debería ser una de las formas más adecuadas a la hora de precautelar el interés superior del niño tomando en consideración el numeral 4 del artículo 106 del CONA que establece ***“Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”***. Pero, por qué privarle al menor la convivencia con sus dos progenitores de manera igualitaria, Barcía-Lehmann (2017) afirma que ***“estudios científicos que se han hecho demuestran que una participación activa de ambos padres en la crianza y educación de sus hijos logra mejores resultados que la de hijos criados por uno solo de los padres”*** (p. 8). Ante estos antecedentes debería ser lo más lógico que el CONA proponga la custodia compartida de manera primordial con la finalidad de precautelar en un cien por ciento el interés superior del menor.

En el año 2017 por primera vez en la Asamblea Nacional se propuso el tema de la custodia compartida, expedida por el ex Presidente del Ecuador Rafael Correa Delgado, el objetivo era, reformar el artículo 106 del CONA e implementar en el ordenamiento jurídico, el sistema de custodia compartida, a fin, de que el principio de interés superior del menor y el principio de corresponsabilidad parental no se vieran afectados, que es lo que sucede en la actualidad, con el sistema preferencial a la progenitora.

Sobre el particular existen diversos puntos de vista, algunos asambleístas han expresado que la custodia compartida ya está presente en el primer numeral del artículo 106 del CONA, donde se hace referencia al acuerdo que podría darse entre los progenitores, quienes pueden acordar compartir la custodia.

Asimismo, no todos los ciudadanos están de acuerdo en compartir la custodia, se puede decir que la mayoría de los opositores, son mujeres, en algunas protestas incluso han manifestado que la custodia compartida sólo evitaría que el padre no cumpla con las pensiones alimenticias y en el mayor de los casos evitar el apremio por incumplimiento con dichas pensiones.

Por otro lado, los que se sienten afectados por la falta de aplicabilidad de la custodia compartida, hacen énfasis en el numeral cuarto, del artículo 106 del CONA, por lo que se exige que sea el administrador de justicia, quien tome la decisión de compartir custodia cuando existan igualdad de condiciones entre los progenitores, tal como se realiza en el vecino país Perú, considerando que esta es la mejor manera de proteger al menor.

Lo cierto es que, para evitar que el menor se sienta afectado con el proceso de separación de sus padres, es importante que exista un acuerdo entre ambos progenitores en compartir la custodia, con la finalidad de velar por el bienestar de sus hijos e hijas. Claro que habrá casos en los que será imposible llegar a un acuerdo, por lo que el juzgador debería otorgar la custodia compartida, acompañada de terapias psicológicas que permitan cautelar posibles daños psicológicos en el niño o niña, como podría ser el SAP.

Por todo lo expuesto sobre el SAP y la custodia compartida, como una propuesta diferente, este síndrome pudiera probarse como un tipo de violencia o maltrato psicológico en la legislación ecuatoriana, y el progenitor causante de ésta podría ser sancionado conforme al numeral 1 del artículo 113 del CONA con privación o pérdida judicial de la patria potestad.

CONCLUSIONES

La revisión bibliográfica realizada permitió concluir que a pesar que en el Ecuador existe un marco legislativo que salvaguarda el principio del interés superior del menor, este se ve vulnerado al existir un vacío legal en torno a la custodia compartida en el caso de la separación de los progenitores, lo que provoca con frecuencia la aparición de diferentes patologías en los menores, entre ellas el SAP, obstaculizando así su desarrollo integral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Badaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales. Revista multidisciplinaria de investigación*, 2(19), 31-39.
- Balaguera, G. (2017). Alienación parental. Expresión del fenómeno en países de habla hispana y redes sociales. *Revista Iberoamericana de Psicología*, 1 (1), 23-32.
- Barcia-Lehmann, R. (2017). Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno. *Revista de derecho Privado* (32), 219-254.
- Briz, M. (2018). La mediación y el Síndrome de Alienación Parental. *Revista de mediación*, 11(2), 19-26.
- Castells, M. (2003). El poder de la identidad. Editorial UOC.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. CEP. <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-DE-LA-NIN%CC%83EZ-Y-ADOLESCENCIA.pdf>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. CEP. <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-ORGANICO-DE-LA-FUNCION-JUDICIAL.pdf>
- Ecuador. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2018). *Registro estadístico de Matrimonios y Divorcios*. INEC. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/matrimonios-divorcios/>
- Espinoza, E., & Toscano, D. (2015). Metodología de Investigación Educativa y Técnica. Ediciones Universidad Técnica de Machala.
- Estellés-Peralta, P. (2017). Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar. *Revista Boliviana de Derecho*, 24, 18-37.

- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., & Vázquez, M. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27, 107-113.
- Fernández, W. (2017). La alienación parental como causa de variación de la tenencia. *VOX JURIS*, 33(1), 223-240.
- Gardner, R. (2002). The parental alienation syndrome: The differentiation between fabrication and genuine child sexual abuse. Cresskill.
- López-Azcona, A. (2015). El tratamiento en Derecho Español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador Aragonés por la custodia compartida. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* (19), 206-235.
- Moreno-López, A. J. & Ocaña de Valdivia, I. (2017). Federación "FADIE", movimiento asociativo en pro de la justicia y la igualdad. En, D., Becerril y M., Venegas, *La custodia compartida en España*. (pp. 165-179). Dykinson.
- Núñez, C., Pérez, C. & Castro, M. (2017). Consecuencias del divorcio-separación en niños de edad escolar y actitudes asumidas por los padres. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 33(3), 296-309.
- Pineda, J. (2018). El síndrome de alienación parental en la legislación y jurisprudencia nacional. *Vox Juris*, 36(2), 107-120.
- Roizblatt, A., Leiva F. V., & Maida, A. M. (2018). Separación o divorcio de los padres. Consecuencias en los hijos y recomendaciones a los padres y pediatras. *Revista chilena de Pediatría*, 89(2), 162-172.
- Vilalta, R. & Winberg, M. (2017). Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) y el DSM-5. *Papeles del psicólogo*, 38(3), 224-231.