



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”

TESIS PREVIO A LA
OBTENCION DEL TÍTULO DE
ABOGADO.

AUTOR:

- ROMMEL SANTIAGO ORDÓÑEZ DÍAZ

DIRECTOR:

- Dr. CARLOS MANUEL RODRIGUEZ, Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Haber dirigido, orientado y revisado en todas sus partes el desarrollo del trabajo de investigación jurídica sobre el tema: **“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”**, de autoría del señor Rommel Santiago Ordoñez Díaz.

Que el presente informe reúne a satisfacción los requisitos de fondo y forma que debe tener un trabajo de investigación científica, de acuerdo a los lineamientos del Reglamento de la institución y por consiguiente, autorizo su presentación.

Loja, 19 de Septiembre 2016.


Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

DIRECTOR DE TESIS

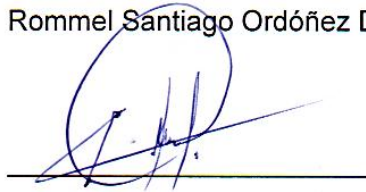
AUTORIA

Yo, Rommel Santiago Ordóñez Díaz declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional - biblioteca Virtual.

Autor: Rommel Santiago Ordóñez Díaz

Firma:



Cedula: 1104669666

Fecha: Loja, septiembre del 2016

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Rommel Santiago Ordóñez Díaz declaro ser autor de la tesis titulada: **“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”** Como requisito para optar el Grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 29 días del mes de Septiembre del dos mil dieciséis, firma el Autor:

Firma: 

Autor: Rommel Santiago Ordóñez Díaz

Cédula: 1104669666

Dirección: Loja, Ciudadela La UNE, calles: Bernardo Valdivieso y Burneo Arias

Correo Electrónico: romel398@yahoo.com

Teléfono: 22664029 -0996747947

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

PRESIDENTE

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

VOCAL

Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc.

VOCAL

DEDICATORIA

La presente investigación la dedico a Dios por ser la luz que guía mi camino, llevándome a la culminación de mis anhelados sueños.

A mis padres Marcelino Ordoñez y Paquita Díaz, quienes con su apoyo, consejos y dedicación supieron siempre sacarme adelante, durante el largo recorrido de mi carrera de estudios, así como también a mis hermanos que siempre permanecieron a mi lado dándome el apoyo que necesitaba, y a mi esposa quien es mi pilar fundamental.

A todos ellos muchas gracias.

Rommel Santiago Ordoñez Díaz

El Autor

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, por haberme dado la oportunidad de alcanzar mis objetivos en la calidad de estudiante los cuales me los había marcado desde el inicio mismo de mi carrera y que al final lo he logrado.

A mis docentes que compartieron con esmero y desinterés sus experiencias en el campo del derecho hasta lograr alcanzar mi sueño anhelado; y, al Dr. Carlos Manuel Rodríguez, que me supo guiar la presente investigación, con sus conocimientos que generosamente me los supo compartir; para culminar el presente trabajo investigativo; la misma que tiene su alto valor y contenido dentro de nuestra sociedad.

Rommel Santiago Ordoñez Díaz

El Autor

1. TÍTULO.

“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”

2. RESUMEN

La norma contenida en el artículo 69, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado protegerá a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

Sin embargo dentro del Código de la Niñez y Adolescencia en el libro II, Título III, de la Tenencia; no se regula la corresponsabilidad de los progenitores en caso de divorcio, puesto que solo se reconoce la custodia monoparental, es por esta razón que la norma constitucional reconozca la custodia compartida como el mecanismo más idóneo que causa menos impacto en los hijos en los casos de separación o divorcio de sus progenitores.

Ante la problemática antes descrita decidí elaborar el presente trabajo investigativo titulado: **“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”**, en el que realizo un análisis doctrinario de la custodia de menores, por consiguiente dentro de este trabajo se recogen los argumentos teóricos, resultados de la investigación de campo, en cuyo análisis se demuestra la necesidad de establecer el mecanismo que permita aplicar la custodia compartida, siendo esta la idea principal de mi trabajo de tesis, con lo que espero se contribuya a solucionar esta problemática.

2.1. ABSTRACT

The rule contained in Article 69, paragraph 5 of the Constitution of the Republic of Ecuador stipulates that the State shall protect parents and householders, in the exercise of their duties. It will promote paternal and maternal responsibility and monitor the implementation of the reciprocal rights and duties between parents and children.

However within the Code of Children and Adolescents in Book II, Title III, Tenure; not the responsibility of the parents in case of divorce is regulated, since only sole custody is recognized, it is for this reason that constitutional law recognizes joint custody as the most suitable mechanism causing less impact on the children in cases of separation or divorce of their parents.

Faced with the problem described above I decided to prepare this research work entitled **"REFORM Book II, Title III, CODE OF CHILDREN AND YOUTH ON THE STATUS OF HOLDINGS OF MINORS BECAUSE OF SEPARATION OR DIVORCE OF PARENTS "** I perform in a doctrinaire analysis custody, therefore in this work the theoretical arguments, results of field research, in which analysis demonstrated the need to establish a mechanism to implement joint custody, being the main idea of my thesis, collected with I hope it will help to solve this problem.

3. INTRODUCCIÓN

Tenencia de menores es un término legal que se utiliza para describir la relación y las obligaciones entre uno de los padres y el hijo en vista de situaciones en las que ambos padres del niño no desean más compartir la relación entre sí, dicha situación puede implicar un divorcio, una anulación o una separación, en la que los niños presentes en la relación no pueden vivir con ambos padres y deben estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, quien tomará las decisiones por el niño y cuidará de él.

El sistema procesal jurídico ecuatoriano es un medio para la realización de la justicia que consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y sobre todo de un proceso de regular las conductas generales de las personas por medio de la normatividad de carácter general, por lo que he planteado el siguiente tema “REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”.

Constituye una trasgresión directa que al no existir en nuestra legislación una responsabilidad compartida entre los progenitores, por la tenencia de los hijos producto del divorcio, conllevaría en lo posterior se formen formas de violencia, situación que acarrea riesgos e inestabilidad emocional y psicológica para los hijos, ya que uno de cada cuatro niños cuyos padres se encuentran en proceso de separación con conflictos por su custodia

padeciendo el llamado Síndrome de Alienación Parental o SAP, que no es más que un estado provocado por la manipulación de los hijos por parte de uno de los progenitores (normalmente él o la que tiene la custodia) en contra del otro progenitor que provoca, en mayor o menor grado, el rechazo de los hijos hacia este último.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: Marco conceptual: Matrimonio, Padre, Madre, Hijos, separación, Divorcio, Patria potestad, Tenencia, Custodia legal, Custodia monoparental, Custodia compartida; Marco Doctrinario: Antecedentes históricos del Código de Menores del Ecuador, Medidas de protección relacionadas con la familia, responsabilidad compartida de la patria potestad o tenencia en caso de divorcio o separación de los progenitores; Marco Jurídico: Constitución República del Ecuador, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, y el Código Orgánico General de Procesos COGEP.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma, de esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Matrimonio

Luis Martínez Vázquez de Castro, define al matrimonio de la siguiente manera:

“El matrimonio es tradicionalmente la unión legal entre un hombre y una mujer, que adoptan una vida juntos, guiados por el amor mutuo, como marido y mujer, con el fin de la procreación; aunque actualmente en algunos países la ley permite y avala el matrimonio homosexual, es decir, entre personas del mismo sexo. El vocablo matrimonio viene de “matrimonium”, palabra que en latín significa “madre”, lo cual expresa la importancia de la maternidad y la procreación, como fin supremo, en esta unión. La procreación no es posible en el caso de los matrimonios homosexuales, no obstante, en algunos países tienen la posibilidad de adoptar, para poder constituir una familia”.¹

Por consiguiente puedo decir que el matrimonio es una institución legal que da efectos jurídicos al derecho natural de unión amorosa y sexual entre dos seres para llevar adelante una vida en común y constituir una familia, teniendo como uno de sus principales fines, la procreación, la educación y el cuidado de sus hijos. Con la legalización de los matrimonios homosexuales, tendría más bien que aceptarse otra definición que no incluiría el fin de la

¹VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL, Editorial Civitas, Madrid – España, 2008.

procreación, aunque sí la de educación de los hijos, que podrían adoptarse, si la ley lo permitiera.

Uno de los primeros esfuerzos del pensamiento ilustrado fue explicar que el mundo no significa un orden, una fatalidad recibida por mandato divino. La organización de la convivencia sólo depende de las leyes humanas. Asumir esta verdad supone que el matrimonio dejase de ser un sacramento para convertirse en un contrato, un medio de equilibrar los intereses de la sociedad y las llamadas de la naturaleza las leyes y los orgasmos.

En conclusión puedo decir que el matrimonio es la palabra que nos permite designar a la unión que se produce entre un hombre y una mujer a través de diferentes ceremonias o prácticas.

Existen dos tipos de matrimonios ampliamente extendidos en nuestra sociedad, el matrimonio religioso, que es aquel que se celebra de acuerdo a lo que dispone la ley eclesiástica y por otra parte, el matrimonio civil, que es aquel que se contrae y celebra ante el consentimiento de una autoridad civil.

Entonces, el matrimonio civil, una vez que es contraído, impondrá a cada una de las partes tanto derechos como obligaciones que deberán sí o sí ser observados porque de lo contrario implicarán reclamos ante el órgano o autoridad competente. Por tratarse de una unión celebrada ante el estado como garante, éste debe velar porque los derechos y obligaciones de los involucrados se cumplan efectivamente, en aquel caso en el cual el cónyuge no cumpla con sus obligaciones podrá ser demandado ante la justicia para que respete la obligación aceptada oportunamente.

4.1.2. Padre

Según Pérez Porto Julián y Gardey Ana, definen “Padre” de la siguiente manera: “Un padre es un varón o macho que ha engendrado o que ha adoptado una función paternal. Esto quiere decir que un hombre puede convertirse en padre en un sentido biológico o a partir de una responsabilidad social y cultural que adquiere al recurrir a la adopción la función del padre, por lo tanto, excede la cuestión meramente biológica o la reproducción. Se trata de una figura clave en el desarrollo de un niño ya que debe protegerlo, educarlo y ayudarlo en las distintas etapas de su vida, también se denomina progenitores a los parentales de un individuo, siempre y cuando estos hayan sido los contribuyentes genéticos.”²

En conclusión ser padre de familia, es la experiencia más agradable para todo ser humano pero también la más exigente, puedo decir en mi opinión que el significado de padre es muy amplio ya que abarca diversos contextos y va cambiando de papales según la etapa del hijo, pero en si el ser padre de familia es tener la responsabilidad de la crianza, salud, educación y amor del hijo/hija ya que ser padre de familia implica: Protección, Sustento, Responsabilidad, Inteligencia, Tiempo, Atención, Paciencia, Fuerza, y sobretodo implica amor, porque el padre de familia todo lo que haga lo hará por el bien del niño o de la niña, pensando siempre en el bienestar de sus hijos.

² PÉREZ PORTO JULIAN Y GARDEY Ana, ([HTTP://DEFINICION.DE/PADRE/](http://definicion.de/padre/)), Publicado: 2009. Actualizado: 2009.

4.1.3. Madre

Luca de Tena Torcuato, define de la siguiente manera: “Madre es la hembra o mujer que ha parido y el descendiente es primero un embrión, luego un feto y finalmente cuando se ha desarrollado nace tras la labor de parto cuando la madre da a luz, cabe mencionar que no todas las mujeres pueden parir de forma natural, por lo que se someten a una intervención quirúrgica conocida como cesárea, que consiste en realizar un corte en la zona abdominal y en el útero para facilitar el nacimiento de sus hijos, el concepto de madre trasciende los límites de la biología. Las mujeres que adoptan, sea por infertilidad o por voluntad de colaborar con los millones de niños que esperan ansiosos un hogar, también se convierten en madres ya que cumplen la misma función que está vinculada a la mujer que da a luz. Esto quiere decir que ser madre va mucho más allá del engendramiento en sí mismo, sino que incluye cuestiones como el amor, el cuidado y la atención.”³

En términos biológicos, la madre es el ser vivo, hembra que ha tenido descendencia, que ha parido a otro ser vivo luego de un tiempo apropiado de gestación que varía de acuerdo al tipo de ser vivo que hagamos referencia. En este sentido, ser madre es algo en lo que la mayoría de seres vivos de sexo femenino se convierten cuando se ven fecundadas y procrean un nuevo ser vivo, si bien para que tal maravilloso fenómeno tenga lugar es necesario también la participación de los seres vivos masculinos, ellos no están preparados biológicamente para concebir y dar a luz a otros seres vivos, pero si participan activamente de la fecundación y por tanto son parte

³ LUCA DE TENA, Torcuato, DIARIO ABC, S.L, Definición de madre, Edición: España 14 de abril de 1909.

fundamental a la hora que las hembras de algunas especies se convierten en madres.

En términos individuales, es importante señalar que las vivencias que experimenta una madre son indescriptibles y únicas, ya que la madre experimenta una situación de modo diferente, pero es comprensible que ningún otro vínculo social puede importar más que una madre que aquel que se establece en un momento a otro con sus hijos, ya que es un producto de su propio cuerpo, por esta situación única en la vida de un ser vivo puede tener efectos cambiantes o un evento de cambio, emoción y sensaciones nuevas para cualquier ser vivo que lo experimenta.

4.1.4. Hijos

El diccionario jurídico de Ámbar nos da la siguiente definición de hijos:

“Es el descendiente en primer grado de una persona; el vínculo familiar entre un ser humano, su padre o madre. Genéricamente, la denominación de hijo comprende también a la hija; y el plural, hijos, no se limita tan sólo a los procreados por uno mismo, sino a todos sus descendientes.”⁴

Hijos se llama a aquel individuo o animal respecto de su madre y su padre, de alguna manera todos los seres humanos somos hijos ya que todos tenemos padres, aunque los mismos ya hayan fallecido o se encuentren lejos de sus hijos porque viven en un lugar lejano.

⁴ AMBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca Ecuador 2001, pág. 149

Por consiguiente el hijo es el descendiente en primer grado de una persona. De la relación paterno filial se deriva una larga serie de derechos y obligaciones, algunos de los cuales afectan exclusivamente al concepto padre o madre, en su caso e hijo.

Considerando que los hijos pueden ser de distintas calificaciones legales, originadas en la situación de sus progenitores en el momento de la concepción y del nacimiento, principalmente según que esas circunstancias ocurriesen dentro o fuera del matrimonio.

4.1.5. Separación

Mabel Goldstein indica la separación de cónyuges como: “La situación de los cónyuges que han roto la convivencia matrimonial”

La separación constituye la ruptura del afecto matrimonial, no es divorcio sino, la separación de los cónyuges entre marido y mujer, por tal situación de no convivencia carecen de afecto, que va influido de la situación económica que uno de los cónyuges pueda aportar al otro que tiene bajo su tutela el cuidado de los hijos.

4.1.6. Divorcio

El ilustre Juan Larrea Holguín, en su Compendio de Derecho Civil del Ecuador, manifiesta que: “Por ‘divorcio’ en general, 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”⁵

A mi criterio el autor dirige el concepto de divorcio en la separación temporal o definitiva de la vida en común de los cónyuges, sus términos van dirigidos que se produce el divorcio por la voluntad de ellos, o por un acto que no permite la ley como el abandono, estableciéndose su trámite de acuerdo a la ley y conlleva a consecuencias producto del mismo divorcio como los efectos que produce entre los exconyuges, la tenencia de sus hijos, el régimen de visitas y el juicio de alimentos.

Según Julien Bonnecase “Divorcio es la ruptura de un matrimonio valido en vida de los esposos por causas determinadas y mediante resolución judicial”⁶

En sí, el divorcio se trata de la ruptura del vínculo matrimonial pronunciada por decisión judicial como consecuencia de la demanda interpuesta por uno de los cónyuges o por ambos y fundada en las causales que la ley determina, entonces el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en actitud legal para contraer otro matrimonio.

4.1.7. Patria potestad

Víctor de Santo indica que patria potestad es “Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los

⁵LARREA HOLGUÍN, Juan: Obra Citada, Pág. 348

⁶BONNECASE, Julien, tratado elemental del derecho civil, (parte A) Biblioteca Clásicos del derecho Civil, volumen 1, Editorial Harla, México D.F, 2000, pág. 251.

hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”⁷

La patria potestad es la responsabilidad que tienen los padres frente a sus hijos, es la relación al aprecio paterno-filial, y los deberes y obligaciones que tiene que cubrir frente al hijo no emancipado.

4.1.8. Tenencia

Víctor de Santo expresa que: “En tanto la familia permanece física y espiritualmente unida, este tema no suele suscitar problemas. La situación se torna conflictiva cuando los progenitores por distintas causas ya no conviven. La patria potestad, en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, corresponde al padre o a la madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. En estos casos, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y de educarlos, aunque la tenencia sea ejercida por uno de ellos.”⁸

Entonces se entiende que la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, esto es teniendo como norte el

⁷ DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, II Edición Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 518.

⁸ DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, II Edición Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 725.

interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. La tenencia es la ocupación, posesión actual y corporal de una cosa. Jurídicamente, el concepto se ha de ampliar en el sentido de que la cosa ocupada (tenida) ha de ser propiedad de otra persona y estar reconocida por el tenedor.

4.1.9. Custodia legal

Raquel Castillejo Manzanares en su obra Guardias y Custodia de hijos menores, define a la custodia legal de la siguiente manera:

“En el ámbito del derecho familiar se designa como custodia legal a la situación jurídica que se desarrolla a partir de la sentencia que emite un tribunal o un juez y que le otorga a un individuo o a varios, la guarda y custodia de un menor de edad o de un individuo con discapacidad y que por tanto es incapaz de valerse por sí mismo. Esta situación habitualmente se da en casos de separación matrimonial o divorcio de los padres, en cuyo caso

es necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (muy distinto a la patria potestad)".⁹

Se denomina custodia legal o guarda legal, en derecho de familia a la situación jurídica que se da cuando un tribunal otorga mediante una sentencia la guarda y custodia de un menor de edad o incapacitado a una o varias personas.

Esta situación se puede presentar en diversos casos, aunque habitualmente se da en casos de separación matrimonial o divorcio de los padres, siendo necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (no confundir con la patria potestad); orfandad, en los que es necesario buscar a una persona o entidad que se haga cargo de la debida protección de los niños.

La custodia legal vendría hacer una serie de deberes y responsabilidades del progenitor con respecto al menor o incapaz, ya que tiene el deber de manutención y cuidado del mismo, asumiendo las responsabilidades que conlleva esto, en ocasiones también podría suceder que alguien que ostenta la custodia legal quiera deshacerse de dicha obligación, ya sea por incapacidad económica (por ejemplo, madres sin recursos que dan al hijo en adopción) o por no verse capaces de educar correctamente a un hijo problemático.

⁹CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guardia y Custodia de Hijos Menores: Las Crisis Matrimoniales y de Parejas*, Editorial La Ley, Madrid-España, 2007, pág. 78.

4.1.10. Custodia monoparental

El diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, define a la custodia monoparental en los siguientes términos:

“Se entiende aquella que está compuesta por un solo miembro de la pareja progenitora (varón o mujer) y en la que los hijos, de forma prolongada, pierden el contacto con uno de los padres. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en esta materia, según demuestra las estadísticas, no habido grandes cambios. Entre un 80 y un 90% de los hogares monoparentales tienen a la madre (biológica o adoptiva) como responsable”.¹⁰

Por lo tanto puedo decir que la custodia monoparental consiste en los casos de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, en darle la custodia a uno de los padres, confiriéndole al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos. En algunos casos esta solución del conflicto pos conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Sin embargo, hay muchos otros casos en que puede fracasar.

Como mi análisis se puede decir que la custodia monoparental impuesto al padre o madre que encontrándose en posición ventajosa para ser el ganador, no solo consigue beneficios materiales sino, de paso, hundir al otro en la ruina moral, la madre o padre que ha percibido probabilidades de ser el perdedor, se ha visto empujada a alejarse emocionalmente de sus hijos para de esta manera no sufrir, de todos los elementos que hay en esta ley, el más

¹⁰CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000, pág. 19.

aberrante es que, una vez producida una demanda, el Juez tendrá que interpretarla como un derecho de cualquier progenitor a obtener la custodia legal, esto significa que por esta ley, siempre perderá la custodia uno de los progenitores.

4.1.11. Custodia compartida

Ivars Ruiz J, en su obra *Guarda y Custodia Compartida* nos da la siguiente definición:

“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”.¹¹

Igual que se ha superado el estereotipo de que el hombre es el que proporcionaba el sustento familiar y la mujer debería ocuparse de las tareas domésticas y los hijos, hora es ya de superar otro estereotipo que existe cuando las parejas se separan. A saber, que es la madre la que ha de mantener la guarda y custodia del hijo, por ser madre y el padre tener un régimen de visitas que no va más allá de ver al hijo fines de semana alternos y medias vacaciones. Como si por ser madres cumpliesen cien por cien y los padres fuesen unos despreocupados e irresponsables, aunque exista algún caso. Hay que entender a la guarda y custodia compartida que no quiere decir exactamente que el hijo pase semanas o meses alternos con uno de

¹¹ IVARS RUIZ, J, *Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2008, pág. 62.

los dos, sino que debe haber reparto equitativo y más proporcionado del tiempo en que gozan del hijo, con matices y variedades en la guarda y custodia según dónde y cómo vivan los padres.

Así mismo deberían repartirse las cargas económicas que la educación y la crianza llevan consigo y no hacerlas recaer sobre el padre, sobre todo como viene ocurriendo. Los padres se pueden separar pero eso no significa que los hijos deban separarse más de un progenitor que del otro, pues los padres los son al cincuenta por ciento, o sea a partes iguales. Se puede argumentar que hay casos en el que el padre no está por ocuparse de la labor educativa y sus cuidados en igualdad de circunstancias, y esto es demostrado, al igual que también hay madres que no cumplen sus responsabilidades conforme a lo esperado.

En ambos casos, si no se ponen de acuerdo ambos progenitores, debería ser el juez quien decida, a la vista de cada caso y sus peculiaridades, qué criterio o qué pautas seguir, pero en principio la guarda y custodia compartida evitaría muchos abusos como se han dado y dan por parte del progenitor que la detenta y los hijos gozarían de ambos padres a partes iguales o casi iguales en beneficio de su salud, su educación y su estabilidad emocional que bien se lo merecen puesto que no son culpables de que sus padres se lleven tan mal que se hayan separado. Parece que poco a poco el tema de la guarda y custodia compartida va calando en la sociedad afortunadamente.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Antecedentes históricos del código de menores del Ecuador

Breve reseña histórica acerca del derecho del menor en el Ecuador.

“El 1 de junio, se conmemora el Día de los Derechos del Niño, día que tiene que ver con una serie de normas y decretos que intentan garantizar la integridad moral y material de los menores de edad, y que los gobiernos de turno apenas intentan apoyar. Sin embargo, como ocurre con la mayoría de declaraciones, los derechos del niño se quedan en el papel, debido a las duras condiciones de vida que llevan los infantes en cualquier parte del mundo. En 1990, el Ecuador fue el primer país latinoamericano que aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. En 1992 se reformó el Código de Menores bajo la misma visión y principios de la Convención, pero luego se detectaron ciertas limitaciones que no venían permitiendo su cumplimiento. Además el ambiente social hacía que el país y cada gobierno caigan en una lamentable e irremediable contradicción, con la publicación del Código de Menores, se aseguró que vendría a ser un instrumento novedoso en nuestra sociedad ya que desde su preparación y redacción adquiriría un nuevo sentido jurídico – social. Por lo mismo, se afirmó que a pesar de lo avanzado para su época, el Código de Menores, aprobado en 1938, y con algunas reformas en 1976, no había podido prever y legislar asuntos como el tráfico de menores, el abuso sexual, el maltrato físico, etc.; por lo que estos y otros temas fueron introducidos en el anterior Código, como:

1. Adopción nacional e internacional.
2. Abandono y colocación familiar (adopción).
3. Patria Potestad y Tenencia.
4. Alimentos y ayuda prenatal.
5. Maltrato y abuso sexual.
6. Conducta irregular y tratamiento.
7. Filiación y Registro.
8. Trabajo de menores.
9. Protección.
10. Políticas referidas a la Familia.
11. Jurisdicción y Procedimientos.

Todos estos parámetros, a los redactores del anterior Código, les hicieron converger en ocho objetivos fundamentales:

1. Necesidad de considerar el “interés superior del niño” en la forma de cualquier medida judicial, administrativa o legislativa.
2. Reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de nuestro país, al señalar la necesidad de considerar su origen étnico o cultural.
3. La obligación de tomar en cuenta la opinión del niño, en todos los asuntos que le afecten o le interesen.

4. El reconocimiento del papel de la Familia, la comunidad y la sociedad civil conjuntamente con el Estado, como los garantes de la aplicación de los derechos de los menores.

5. La modernización de instituciones como la tenencia, alimentos, colocación familiar (adopción), régimen de visitas, patria potestad, abandono y adopciones.

6. La incorporación de un nuevo capítulo que trata únicamente el problema del maltrato y abuso sexual a los niños, alternativas a éste.

7. La modificación de la llamada conducta Irregular (conocida así en el Código de Menores de 1976), teoría que desconocía todos los derechos de los menores de edad privados de la libertad, o que tenían problemas con la justicia. Por lo que, con el nuevo Código se incorporé la figura de los “Menores Infractores” que permite una efectiva aplicación de Los derechos de los menores y que respeta en forma absoluta las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño.

8. La creación de Cortes Distritales de Menores que faciliten el acceso a la justicia por parte de la población, sin aumentar o alargar el trámite, ya que se mantiene únicamente dos instancias para todas las causas.

Como vemos, estas fueron las principales novedades presentadas en el anterior Código de Menores, y la presentación concluyó manifestando que era deber y obligación de todos lograr que estas normas realmente se

apliquen en favor de un efectivo cumplimiento de los derechos de los niños y un mejoramiento de sus condiciones de vida.

Esta es la historia del anterior Código de Menores de 1992 que durante diez años su aplicación transitó sin pena ni gloria”.¹²

Ahora resulta que con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia se pretende hacer creer que recién se descubre el agua tibia, respecto a derechos del menor de edad. Lo que sucede es que en nuestro país, a los señores congresistas les encanta ahogarnos en leyes que en la práctica vienen a ser inservibles. Los ecuatorianos estamos ya acostumbrados a hacer y deshacer las cosas, o no hacerlas bien para luego rectificarlas o acomodarlas de acuerdo a las conveniencias del momento, o alguna modificación sin mayor trascendencia. Es decir somos buenos para trabajos de pacotilla.

El actual Código no trae casi nada nuevo, excepto ser tomado en cuenta el, “adolescente”, cuya protección de por sí ya está abarcada cuando se habla de la protección del menor de edad.

4.2.2 La custodia de menores.- Generalidades.

Justicia, M.D. y Cantón, J. en sus disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio nos dice:

“Custodia de menores es un término legal que se utiliza para describir la relación y las obligaciones entre uno de los padres y el hijo en vista de

¹²OJEDA MARTINEZ, Cristóbal, 2004, —Estudio crítico de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia, Tomo I. Pág. 7

situaciones en las que ambos padres del niño no desean más compartir la relación entre sí. Dicha situación puede implicar un divorcio, una anulación o una separación, en la que los niños presentes en la relación no pueden vivir con ambos padres y deben estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, quien tomará las decisiones por el niño y cuidará de él. Los tribunales estatales tienen jurisdicción para decidir si el niño vivirá con el padre o la madre basándose en los mejores intereses del niño”.¹³

Comúnmente, al decidir los arreglos de custodia, cada estado tiene en cuenta factores que de una u otra forma incluyen lo siguiente:

- Edad y sexo del niño.
- Vínculos afectivos entre las partes implicadas y el niño.
- Relación entre el niño y sus hermanos, si tiene alguno.
- La capacidad de las partes que solicitan la custodia para brindar un entorno de crianza afectivo para el niño.
- La capacidad y medios para brindarle al niño comida, vestimenta, atención médica y otros cuidados necesarios.
- Las características de las partes que solicitan la custodia: edad, salud física y mental, estabilidad, carácter.
- El efecto de la continuación o interrupción propuesta del hogar existente del niño.

¹³ JUSTICIA, M.D., y CANTÓN, J., Disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio, Editorial pirámide, Madrid-España, 2000, pág. 102.

- Las preferencias del niño, si el juzgado considera que el niño es lo suficientemente maduro física y mentalmente para tomar dichas decisiones.
- La capacidad de las partes implicadas de llegar a un arreglo aceptable con respecto al régimen de visitas al niño.
- Abuso o violencia doméstica presenciada por el niño cometida por cualquiera de los padres hacia el niño, hacia otro hermano/pariente cercano o entre los padres.
- Otros factores importantes propios del conflicto de la custodia de un menor.

4.2.3. Responsabilidad compartida de la patria potestad o tenencia en caso de divorcio o separación de los progenitores

Víctor de Santo expresa que “El ejercicio de la patria potestad corresponde:

1) en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado; 2) en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o a la madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación; 3) en caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro; 4) en el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido; 5) en el caso de los hijos extramatrimoniales

reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren, y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria; 6) a quien fuese declarado judicialmente padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.”¹⁴

Hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no sólo derechos sino también deberes; y más aún, que lo que importa fundamentalmente es la protección de los menores. Paulatinamente se va afirmando el contralor del Estado respecto del modo en que se ejercita la autoridad paterna, admitiéndose sanciones, incluso de carácter penal, para los padres que no cumplan debidamente con sus obligaciones.

4.2.4 La custodia compartida de los hijos pasará a ser "preferente" en separaciones y divorcios

La custodia compartida consiste en un reparto equitativo entre los progenitores del cuidado de los hijos, de tal forma que la mitad del tiempo esté con el padre y la otra mitad con su madre.

Así lo establece Pinto Andrade “Al tiempo de regular la guarda compartida, se tiene que atender a dos aspectos muy importantes, el tiempo y el domicilio. En relación al tiempo, se puede establecer una custodia compartida por noches, (lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre y fines de semana alternos), por semanas (una semana con cada progenitor), por quincenas (quince días con el padre y quince con la madre)

¹⁴ DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 725

o por meses (un mes con cada uno). Se debe regular igualmente, un régimen de visitas a favor del otro progenitor mientras no tenga bajo su guarda a los menores, también se tiene que indicar la vivienda en que se ejercerá la custodia compartida; por una parte, tenemos el régimen californiano, en que cada progenitor tiene su propio domicilio y los menores viven en un tercer domicilio, por lo que serán los padres los que se trasladen al domicilio de los menores cuando les corresponda ejercer la custodia, o bien el régimen europeo en que cada progenitor tiene su domicilio y serán los hijos los que se desplacen a uno u otro domicilio”.¹⁵

La novedad principal es que los padres deberán presentar ante el Juez un plan de parentalidad, en el que se incluya, entre varios aspectos, el domicilio en el que residirán los hijos y la responsabilidad de cada progenitor respecto al quehacer diario de los hijos.

Esta regulación entiendo que es muy avanzada a los tiempos actuales, quizá dentro de 30 años será una normativa que regulará a la perfección las necesidades de la sociedad; sin embargo, hoy en día, para que se pueda ejercer correcta y satisfactoriamente esta modalidad de custodia compartida deben concurrir tres requisitos imprescindibles: cercanía entre los domicilios de los progenitores; una economía solvente en el núcleo familiar y, lo más importante de todo, un gran entendimiento y buena relación entre los progenitores. Por lo que serán muy excepcionales los casos en los que se den todos y cada uno de los requisitos antes mencionados, por cuanto, si

¹⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2009, pág. 68.

bien los 2 primeros requisitos, pueden concurrir muy fácilmente, el tercero de los requisitos es el que existe de forma muy puntual.

De los numerosos divorcios puedo bien asegurar, que son muy aisladas las rupturas, por causa imputable única y exclusivamente a “se acabó el amor”, y en donde el cariño y el respeto mutuo, prevalece sobre cualquier desavenencia; la mayoría de las causas de las rupturas son imputables a infidelidades, adicciones, desacuerdos en el núcleo familiar, alteraciones psíquicas, por uno de los cónyuges, y en estos casos existe tal hostilidad y resentimiento entre las partes que ni tan siquiera pueden mantener un diálogo en privado, por lo que será muy difícil que se pueda ejercer satisfactoriamente la guarda y custodia compartida.

Por ello, quizá me puedo precipitar demasiado al hacer esta afirmación, pero respecto a la custodia compartida no creo que altere, de forma notoria, las concesiones de la misma por parte de los jueces, por lo que en los procedimientos de divorcio de mutuo acuerdo, la práctica continuará siendo la misma, con la salvedad que, los progenitores, deberán presentar los planes de parentalidad.

Sin embargo, y por lo que respecta a los procedimientos contenciosos, (en donde no existe acuerdo entre las partes, y un Juez decide las medidas a adoptar), atendiendo a que la ley establece que en todo caso, los jueces deben velar por garantizar que ambos progenitores asuman idénticas funciones en el cuidado de los hijos. Cuando no concurren los requisitos mencionados, difícilmente un Juez la concederá.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución República del Ecuador

El Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta, que la autoridad competente, eso quiere decir que el juez garantizará que los derechos de los adultos y de los niños, niñas y adolescentes sean cumplidos:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.¹⁶

Los Derechos, Deberes y Oportunidades, son para todos por igual, ningún adulto, niño, niña o adolescente en ninguna condición será, discriminado, esto quiere decir que si los padres se divorcian, tanto la madre como los niños, niñas y adolescentes, tienen el mismo derecho de convivir en un ambiente saludable para todos respetando las condiciones de cada sujeto.

¹⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 11

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador 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”.¹⁷

Vivir en un entorno familiar de afectividad y seguridad, mismo que permitirá satisfacer las necesidades afecto-emocionales apoyadas por políticas nacionales para que las niñas, niños y adolescentes puedan desarrollar todos sus potenciales, es necesario considerar todas las instancias legales que garanticen los derechos de la familia, inclusive de familias de padres divorciados.

El Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza: “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.

¹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 44

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”¹⁸

El Estado tiene la obligación de garantizar que Las niñas, niños y adolescentes tengan el derecho a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, por lo que se hace necesario que el Código de la Niñez y Adolescencia en una de sus disposiciones sea reformada para que todos esos derechos sean aplicados.

El Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que “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”¹⁹.

¹⁸CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45.

¹⁹CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 67.

La familia como núcleo de la sociedad, representa el equilibrio socio-emocional de un comportamiento de las personas en un orden social y jurídico.

EL Art. 69 numeral 1, 4 y 5 manifiesta. “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

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”²⁰.

Para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes la madre y el padre están obligados al cuidado y su crianza en especial cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

El Estado como institución judicial deberá garantizar que cuando los padres se divorcien por mutuo acuerdo el Estado deberá prestar especial atención, para que sus derechos sean respetados.

²⁰ IBIDEM, Art. 69 numerales 1,4 y 5

La igualdad de derechos, se fortalece en la familia cuando el Estado asume el control de las garantías siendo el vigilante del cumplimiento de los deberes y derechos de los integrantes de la familia.

El Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”²¹

En el caso que cito corresponde a la autoridad judicial, verificar que los derechos de los integrantes de la familia se están respetando, al momento de que el padre y la madre se divorcian.

El Art. 83 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador señala: son derechos y responsabilidades de los ecuatorianos “Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme el buen vivir”²².

La responsabilidad comprendida en esta disposición es relevante, porque en él se convergen los conceptos básicos del Derecho Constitucional, que expresan objetivos muy relacionados entre sí, todos los cuales se orientan hacia un fin del Estado. Es de suponer, que con esta inclusión el legislador

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 76 numeral 1

²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 83, núm. 7

quiso dar una aproximación o quizá equiparación del buen vivir al bien común.

El Art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador indica 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”²³. La madre y el padre independientemente que estén divorciados entre sí, por naturaleza deben continuar con el proceso de creación de una familia cuando tienen hijos o hijas debido a que ellos les necesitan por igual para fomentar una sociedad más justa.

EL Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los

²³IBIDEM, Art.83 numeral 16

contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”²⁴.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, que es un tratado internacional ratificado por el Ecuador, permite una interpretación adecuada de este artículo.

Esto conlleva a que ambos padres deben darles a sus hijos, no solo su preservación, vigilancia y seguimiento de un buen cuidado, sino afecto, que se entrega con compartimiento de gran tiempo, cariño, ternura y protección, sin poderse alegar que uno debe dar más que el otro por tener la custodia o tenencia, ni porque uno de ellos tiene mejor intelectualidad o situación económica.

4.3.2 Código Civil

El Art. 107 del Código Civil manifiesta que: “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 del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1. Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio.
2. El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio.

²⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 424

3. 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.”²⁵

Es así que el divorcio por mutuo acuerdo es la voluntad de las partes. Digamos finalmente que si bien calificamos a esta modalidad de consensual, puesto que nace de la voluntad de las partes, de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedan los hijos menores y en cuyo caso entran a aplicarse las normas del art. 107. En resumen, el divorcio por mutuo consentimiento en el Código Sustantivo Civil puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial y que puede dar origen a incidencias de carácter contencioso.

El Art. 108 del Código Civil señala: “Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores

²⁵ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 107

de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos. Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes: 1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad; 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”²⁶

Esta regla faculta al Juez dar una solución, cuando se produce un incidente dentro del juicio de divorcio sobre la tenencia de los hijos comunes de los padres divorciados. Esta norma podría permitir nombrar curador adjunto al padre o madre que ejerzan la patria potestad y conforme a él la representación de ciertos casos. El artículo citado al Juez se le faculta solo aplicarlo y no se le da la competencia de actuar bajo los informes psicotécnicos tanto del padre como de la madre garantizando los derechos de los adultos y priorizando los derechos de las niñas niños y adolescentes. Si los cónyuges no llegaren a acuerdos sobre estas materias, el Juez de la causa aplicará las reglas contenidas en el inciso tercero del mismo artículo 108 del Código Civil, de acuerdo a estas reglas la ley le da poderes al Juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres, convirtiéndose en normas rígidas para resolver la situación de los hijos: 1) Los impúberes

²⁶ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108

hombres o mujeres, y las hijas de toda edad deben quedar al cuidado de la madre; 2) Los varones púberes escogen aquel de los padres a cuyo cuidado deben quedar; 3) Las dos reglas anteriores se alteran por inhabilidad física o moral del padre o madre a cuyo cuidado deberían quedar, o por pasar aquel nuevo matrimonio; 4) a falta de padres se entrega los hijos a quien debería ejercer la guarda legítima; 5) A falta de todos los anteriores, el juez señalará a un establecimiento de asistencia Social, público o privado o en colocación familiar a un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica.

“En los juicios de divorcio, el menor de dieciocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial.”²⁷

Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de las hijas e hijos, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. El Art. 115 del Código Civil expresa: “En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo,

²⁷ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 111

por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.”²⁸

La situación de los hijos la deciden en la audiencia de conciliación o después de ésta, como lo expresa el segundo inciso del artículo 108 del Código Sustantivo Civil: “En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma cómo deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos.”²⁹

Esta disposición contempla que en la audiencia pueden convenir la situación en la que van a quedar sus hijos, los cónyuges pueden convenir algo que no sea conveniente para ellos, el juez no tiene en este caso facultad de modificar lo convenido.

El Art. 307 del Código Civil, señala: “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”³⁰

Esta disposición es muy práctica, ya que de otro modo podía ser, uno el que tuviera los hijos bajo su cuidado y otro el que gozara del usufructo de sus

²⁸ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 115

²⁹ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108

³⁰ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 307

bienes y quien tuviera que representar o autorizar a los hijos para cualquier acto jurídico, con los inconvenientes que probablemente tenían que presentarse. Pero en la misma disposición contempla que puede cambiar la patria potestad, con autorización del Juez, al otro a cuyo cuidado quedan los hijos. Con esta disposición puede acontecer, por ejemplo que los hijos queden al cuidado de la madre por ser ella la más apta para cuidarlos y educarlos, pero sin embargo, no pueda materialmente ejercer la mujer la patria potestad por la mala administración de los bienes de los hijos.

El Art. 112 del Código Civil dispone que: “En todo divorcio, el cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación, tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio, pero el cónyuge que se hallare en los casos previstos en la causal 8a. y en el inciso segundo de la causal 11a. del Art. 110, conservará este derecho. Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, sólo tendrá derecho al complemento. Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal.”³¹

Esto significa que esta asignación de hasta la quinta parte de los bienes de un cónyuge a favor del cónyuge inculpable del divorcio, tiene una semejanza con la porción conyugal. El legislador ha tomado muy en cuenta la situación económica del cónyuge inocente, lo que le faculta para pedir al Juez en el juicio de divorcio se le asigne una quinta parte de los bienes patrimoniales

³¹ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 112

del otro cónyuge. Sin que los posteriores cambios de fortuna puedan acrecentar o disminuir ese derecho, aunque no se haya hecho efectivo inmediatamente.

4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia

El Art. 2 del Código de la Niñez y Adolescencia de los sujetos protegidos indica: “Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.”³²

En el Derecho de la Niñez y Adolescencia reimprime el principio de la protección del niño, niña y adolescente desde que ha sido concebido, hasta que cumpla los dieciocho años de edad. Este principio protector incorporado en el Código de la Niñez y Adolescencia va a suscitar mucha controversia porque protege a personas que ya han cumplido la mayoría de edad, lo cual contraviene el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que protege a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. El legislador parece que no reparó en este detalle sustantivo. El objeto entonces es consecuencia del principio protector del niño en su aspecto interno y externo que se refleja a través de derechos y garantías, a la vida, a tener una familia, protección prenatal, a una vida digna, a vivir en un ambiente sano, a la identidad, identificación, a la educación, integridad personal, a la recreación, etc.

³² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2

El Art. 3 del Código de la Niñez y Adolescencia exterioriza: “Supletoriedad.- En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia”.³³

Este principio de supletoriedad, es universal para llenar los vacíos que en toda ley puedan presentarse. Este se concreta en que a falta de normas explícitas se aplican las previstas en otras genéricas. Este principio de supletoriedad, considero que es fruto de la filosofía que ha inspirado el Código de la Niñez y Adolescencia, en que la ley genérica suple por la ausencia legal que se encuentre en este Código.

El Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia indica: “Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.”³⁴

Los adolescentes son las personas que biológica y psicológicamente empiezan a experimentar los cambios que presupone el desarrollo entre la fase final de la niñez y la adultez, es decir, el proceso transformador del niño en adulto. El Código Civil, reconoce a los adolescentes como púberes o menores adultos.

³³ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 3

³⁴ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 4

El Art. 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, de la igualdad y no discriminación reza: “Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares.”³⁵

La Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a la igualdad y el Código de la niñez y adolescencia, ratifica este derecho a los niños, niñas y adolescentes, por lo que es importante que las decisiones que tomen los jueces estén amparadas en este derecho de igualdad como pilar fundamental de todos los principios constitucionales.

El Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia trata de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia: “Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y

³⁵ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 6

económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.”³⁶

El Estado la Sociedad y la familia, tiene un gran compromiso de que los niños, niñas y adolescentes, a través de varias medidas entre ellas las jurídicas, garanticen sus derechos, es decir que en todos los ámbitos legales, los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean plenamente ejercidos.

El Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia señala la función básica de la familia: “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.”³⁷

La familia es el núcleo fundamental del desarrollo de una sociedad. El Art. 10 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa el deber del Estado frente a la familia: “El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.”³⁸

El estado es el responsable de emitir políticas públicas sobre el bienestar social y económico de las familias.

El Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta que: “El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los

³⁶ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 8

³⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 9

³⁸ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 10

niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas, judiciales y las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.”³⁹

El conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes son de interés superior para todas las autoridades entre estas judiciales siendo el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento, esto significa corregir cuando en alguna disposición legal se está atentando a este conjunto de derechos, el Código Civil no ha ajustado sus acciones, inobservando principios Constitucionales.

El Art. 12 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa la prioridad absoluta: “En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran. Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.”⁴⁰

La propuesta es proteger a los niños y niñas desde los cinco años en adelante, cuando exista un conflicto en el divorcio por mutuo acuerdo.

El Art. 14 del Código de la Niñez y Adolescencia de la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente expresa: “Ninguna

³⁹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 11

⁴⁰ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 12

autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.”⁴¹

En el Código Civil artículo 108 numeral 1, cuando el juez decide quien tendrá el cuidado del niño o niña, no considera el interés superior del niño o niña, por lo que al momento de tomar esa decisión no existió ningún tipo de investigación previa de que le convendría más al niño o niña.

El Art. 15 del Código de la Niñez y Adolescencia de la titularidad de derechos, expresa: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.”⁴²

Los niños, niñas y adolescentes deberían tener garantizados sus derechos en todas las instancias, pero todavía existen normas donde los niños, niñas

⁴¹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 14

⁴² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 15.

y adolescentes son invisibles, por lo que no se respetan sus derechos tampoco se priorizan los mismos.

El Art. 16 del Código de la Niñez y adolescencia manifiesta: “Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.”⁴³

Por su naturaleza los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, son irrenunciables e intransigibles, entre otros elementos más, es decir que en el Ecuador en todas sus instancias de orden público estos derechos deben cumplirse.

El Art. 17 del Código de la Niñez y Adolescencia del deber jurídico de denunciar indica: “Toda persona, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, que por cualquier medio tenga conocimiento de la violación de un derecho del niño, niña o adolescente, está obligada a denunciarla ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. 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.”⁴⁴

Se está violando el derecho de los niños, niñas o adolescentes, cuando se dispone que los hijos impúberes en un divorcio tienen que estar al cuidado

⁴³ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 16

⁴⁴ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 17

de su madre, sin que se respeten los derechos de los niños, niñas o adolescentes, al igual que tampoco se respetan los derechos del padre.

El Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia exterioriza: “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.”⁴⁵

Este artículo es importante, el cuidado de los niños, niñas y adolescentes de su padre y madre, por lo tanto cuando los padres se divorcian estos derechos están vigentes y deben ser acogidos por el juez, ya que es el soporte de mi teoría, ya que la clave es la permanencia en las relaciones entre hijos y padres.

El Art. 26 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta: “Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación

⁴⁵ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 21

de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.”⁴⁶

El derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes, no solo es la parte económica si no integral, es decir la parte emocional juega un papel importante en el derecho prioritario que tienen los menores ya que este derecho les da una buena salud mental.

El Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta: “Naturaleza de la relación familiar.- 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. Recibe el apoyo y protección del Estado a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades.”⁴⁷

Al ser la familia el núcleo básico de la sociedad necesita que los derechos de cada integrante de la misma sean respetados en todas las instancias judiciales, la relación familiar no debe extinguirse entre los padres con respecto de sus hijos, por causa del divorcio o separación. El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 113 permite al Juez de la Niñez y Adolescencia dar por terminada la patria potestad en los siguientes casos:

“ 1.- Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija; 2.- Abuso sexual del hijo o hija; 3.- Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; 4.- interdicción por causa de demencia; 5.- Manifiesta falta de interés en

⁴⁶CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 26

⁴⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 96

mantener con el hijo o hija las relaciones paternas indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6.- Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.”⁴⁸

Esta regla evita los abusos de los padres hacia sus hijos, donde la Patria Potestad, es para ver el porvenir, el cuidado, educación de los hijos, ya que en la práctica la intervención del Juez de la Niñez y Adolescencia es para dar por terminado la patria potestad por esta clase de violación de derechos del menor, pero suele ser ineficaz. Además, se supone que para tomar estas medidas, se deben dar situaciones verdaderamente extremas, y muchos caos, por tal razón situaciones menos graves quedan sin ningún remedio.

El Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia enuncia: “Procedencia.- Cuando el Juez estime lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.”⁴⁹

Según este artículo el juez estimara lo más conveniente y necesario para que el progenitor quede con la tenencia del menor, cumpla a cabalidad con las medidas impuestas para el mejor cumplimiento de los derechos y obligaciones que esto conlleva.

⁴⁸ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 113

⁴⁹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 118

4.3.4. Código Orgánico General de Procesos, COGEP

TITULO III SUJETOS DEL PROCESO

CAPITULO I

REGLAS GENERALES:

“Art. 31.- Capacidad procesal. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley.

Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley.

En los casos en que ciertos incapaces contraigan obligaciones, se admitirá con respecto a estos asuntos su comparecencia de acuerdo con la ley.

Cuando se trate de comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, comparecerán a través de su representante legal o voluntario.

Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

Art. 32.- Representación de menores de edad e incapaces. Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela

o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia.

En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador adlitem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes.

Art. 103.- Efectos. Las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron,

En materia de niñez y adolescencia, se estará a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos. En caso de que el padre o la madre incumplan el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días.

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre la o el deudor.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá ejecutar el pago en contra de las o los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios.

Art. 138.- Cesación de los apremios. La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si la o el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por la o el juzgador. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que la o el deudor principal.

Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado.

Art. 139.- Cesación del apremio personal. La orden de apremio personal cesará cuando:

1. Se conduzca a la persona apremiada ante la o el juzgador competente para dar cumplimiento a la orden judicial.
2. Se cumpla con la obligación impuesta.
3. Transcurra el término de treinta días desde la fecha en que se emitió la providencia y no se haya hecho efectiva, dejando a salvo que la o el juzgador emita nuevamente la orden.”⁵⁰

Según mi criterio trata de que toda persona es legalmente capaz para comparecer a procesos, menos las que establece la ley, en cuanto a los adolescentes que pueden ejercer directamente, para la protección de sus garantías, ser escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos, ya que si sus derechos fueran vulnerados se dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales, al igual de los apremios por pago de alimentos que es algo necesario para el desarrollo y buen vivir de los menores, así que el Código General de Procesos es un instrumento donde se hace respetar los derechos, obligaciones y sentencias de una forma rápida, y no vulneren las obligaciones y derechos para un mejor entendimiento de la ley en nuestra sociedad.

⁵⁰ CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, Cogep, pág. 9 eselic Profesional-
www.lexis.com.ec

LIBRO III DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS

TITULO I

ACTOS DE PROPOSICION

“Art. 146.- Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas

En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas.

Si la sentencia fuere favorable al actor, el juez ordenará que se cancelen los registros de transferencia, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda.”⁵¹

Ya que es un instrumento para agilizar los procesos, que mientras dure el proceso, de divorcio y tenencia del menor, en materia de niñez y adolescencia el juez fijara provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas, hasta que la sentencia fuere favorable para uno de los progenitores.

⁵¹CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, Cogep, pág. 33 eselic Profesional-
www.lexis.com.ec

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Legislación Colombiana

En Colombia existe la Ley No. 249, por medio de la cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores, la cual en su parte pertinente manifiesta:

“Artículo 1º. Custodia y Cuidado personal de los Hijos. La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consumo a los padres o al padre o madre sobreviviente.

Artículo 2º. Custodia en Caso de Separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en la ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

Artículo 3º. Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre,

cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad.

Parágrafo. Al establecer el reparto de los periodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los menores de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos pero más frecuentes con cada uno de los progenitores.

Artículo 4º. Aplicación a procesos Anteriores. Al momento de entrar a regir ésta ley, en los casos en que hubiera sentencia en firme y ejecutoriada, a petición de parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Custodia Alternada. A falta de acuerdo se fijará según lo que estime el Juez de Familia de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.

Artículo 5º. Igualdad de derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre no custodio y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo 6º. Pérdida de la Custodia y Cuidado Personal. La Custodia y el Cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.
3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
5. Incumplimiento de la ley de custodia compartida, cualquiera sea la forma de entorpecer el derecho que le corresponde al otro progenitor.
6. Fallecimiento del progenitor Tutor.
7. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor.
8. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
9. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.

10. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.

11. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre no tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.

12. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Artículo 7º. Acuerdo de Cesión Temporal de la Custodia. El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

Artículo 8º. Pérdida temporal de la Custodia. El progenitor que provoque maltrato cualquiera que éste sea, legalmente comprobado, obligue o induzca a la prostitución o incite a la delincuencia perderá por dos (2) años la custodia de sus hijos, sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes.

No obstante el Juez de Familia atendiendo al interés superior del menor podrá otorgar condiciones especiales para que éste, periódicamente se relacione con el progenitor en aras de no perder el lazo filial y afectivo.

Artículo 9º. Incumplimiento del Régimen de custodia compartida. El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de Ejercicio Arbitrario de la Custodia.”⁵²

En Colombia se busca que la custodia compartida se aplique en aquellos casos en los que parejas con hijos se separen o divorcien. Lo fundamental es que los padres (hombres), que no viven con sus compañeras, puedan participar más en la educación de los niños, niñas y adolescentes, no solamente puedan hacerlo a través de visita cada 8 o 15 días. La misma también busca hacer respetar el derecho de los niños a seguir manteniendo vínculos estrechos y constantes con sus padres tras el divorcio, así como los derechos de los progenitores a seguir asistiéndolos luego de una separación de hecho.

La norma establece que el Defensor de familia, el Comisario o el Juez de familia, sean quienes regulen la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad cuando los padres no cohabitan y no han logrado llegar a un acuerdo sobre el ejercicio de sus derechos y responsabilidades parentales, también se garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener contacto frecuente y continuo con ambos padres, quienes cumplirán con las obligaciones concernientes al cuidado, educación, formación armónica e integral en un ambiente de respeto a su dignidad humana, cuya aplicación es fundamental para el desarrollo emocional de los niños, que éstos pasen igual tiempo con las madres y los padres.

⁵² LEY NO. 249, Colombia.

Les corresponde a los jueces tomar la determinación con un criterio técnico, apoyado por un equipo interdisciplinario conformado por sociólogos, psicólogos y abogados.

La custodia compartida es necesaria para incentivar la paternidad y la maternidad; la garantía de los niños, niñas y adolescentes; así como fortalecer los vínculos entre padres e hijos.

“El Artículo 10º. El artículo 230 A del Código Penal, establece:

ARTÍCULO 230-A. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma se aplicaran las penas previstas en este artículo al progenitor que valiéndose de la custodia, utilice o manipule a sus hijos menores para obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.”⁵³

Esto es con la finalidad de evitar se haga mal uso de la custodia compartida por parte de uno de los progenitores, se establecen sanciones de tipo penal que impone penas privativas de la libertad y multa, lo que permite regular de mejor manera esta figura legal.

⁵³ CÓDIGO PENAL, Colombia.

4.4.2 Legislación Costa Rica

En el caso de Costa Rica, La Ley de Paternidad Responsable (aprobada en el año 2001), inspirada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, 1948. “Exige que todo niño o niña tenga derecho efectivo a inscribirse legalmente (derecho a una identidad, un nombre y un registro ciudadano), con dos adultos responsables (padre y madre), que se comprometan, en caso de separación o divorcio, mantener en las mejores condiciones para los hijos/as, el régimen igualitario de responsabilidad, tutela compartida y convivencia alterna.”⁵⁴

La Ley busca hacer posible que toda persona menor de edad, tenga una filiación legal. Exige a los varones hacerse una prueba de ADN en caso de que se opongan a la inscripción de una hija o hijo con sus apellidos. También promueve la toma de conciencia, en la sociedad, de las responsabilidades derivadas de la paternidad. La paternidad responsable no sólo supone la dotación de ayuda económica para la manutención de una criatura, sino que implica compromisos afectivos y participación en la guarda y crianza de un hijo o hija. Este aspecto implica importantes transformaciones culturales encaminadas, sobre todo, a responsabilizar a los hombres de su prole.

⁵⁴ LEY DE PATERNIDAD RESPONSABLES, Costa Rica.

4.4.3 Legislación Salvadoreña

En el Salvador existe la LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, la cual obliga a ambos progenitores por igual a lavar la ropa de los hijos y a todas y cada una de las tareas y responsabilidades. Cuando esa ley entró en vigencia desaparecieron espectacularmente los litigios. Se le acusa de “ley salomónica” y esa es, precisamente, su virtud: el acuerdo y la cordialidad surgen espontáneamente; pues la inmensa mayoría de madres y padres tienen en común el amor y la entrega a los hijos de ambos.

“El progenitor natural de todo recién nacido es, inicialmente, la madre; no sólo desde el punto de vista biológico, sino legal, pues la madre es quien decide si se queda embarazada. Pero cuando dos padres firman en el Registro Civil, si no hay un acuerdo que diga lo contrario, saben que asumen al 50% todas y cada una de las facetas de la crianza, cuidados, manutención y educación y, por tanto, saben que asumen, al 50%, la custodia de sus hijos pase lo que pase entre ellos; consecuentemente desarrollan su vínculo emocional con el menor en igualdad con el otro progenitor. Para que esto estuviera aún mejor clarificado, es obligatorio que toda pareja que acude al Registro Civil con un recién nacido aportara un acuerdo sobre el plan de reparto responsabilidades sobre ese hijo, que sirve para el caso de no convivencia entre ellos.”⁵⁵ Por ejemplo, un buen plan de custodia compartida para un niño sería tener una vivienda principal y pasar la tercera semana de cada mes en una segunda vivienda. Porque tener una vivienda principal y una segunda vivienda es algo que entre adultos se considera un privilegio, y

⁵⁵ LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, El Salvador.

para un niño es una fuente de riqueza. La vivienda principal podría ser la de la madre durante la educación infantil, la del padre durante la primaria, la de la madre durante la secundaria y la del padre después. Y los gastos del niño podrían ser administrados mediante una cuenta bancaria en la que el que el cuidador principal, decidiera lo que ambos, por igual, han de poner. Este sería un ejemplo de un buen acuerdo que fomentaría los vínculos entre todos los miembros de la familia de este niño.

A mi criterio la legislación comparada entre Colombia, Costa Rica y El Salvador, sobre la tenencia de los menores en caso de divorcio o separación de los padres, es mucho más eficiente que nuestra legislación ecuatoriana, desde el punto de vista jurídico, social, familiar y económico por que en estos países antes mencionados, se reconoce la norma de la custodia compartida donde ha resultado eficaz la corresponsabilidad de sus progenitores vigilando siempre el cumplimiento de los deberes y derechos, como una expectativa superadora para fortalecer vínculos entre padres e hijos al igual que el bienestar y desarrollo integral de los menores, donde los progenitores por distintas causas ya no conviven; a comparación de nuestro país se da la tenencia única o monoparental donde esta norma no regula la corresponsabilidad de los progenitores en caso de divorcio, ya que de una u otra forma se violan los derechos y protección de grupos vulnerables que en este caso son las niñas, niños y adolescentes, en el caso de no existir la coparentalidad en nuestro país, con el pasar de los años se generaran nuevas situaciones de violencia familiar, por la causa de separación o divorcio de los progenitores.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 MATERIALES

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo en lo referente a la revisión de literatura, se utilizó básicamente textos relacionados con el Derecho Constitucional y Derecho Civil en relación a la custodia compartida, así como el servicio de internet, también se emplearon las fichas para extraer lo más importante de la información analizada.

Por otro lado para procesar y ordenar la información de campo obtenida se utilizó una computadora, para el análisis y procesamiento de datos se utilizó la calculadora, de igual forma se utilizaron algunos otros recursos materiales como papel, copiadora, grabadora y otros materiales de oficina.

5.2. MÉTODOS

Para la realización de la presente Investigación, se empleó los siguientes métodos:

- **Método Deductivo e Inductivo.**

Permitió el estudio de los diversos temas relacionados con la problemática desde asuntos generales a los particulares y desde ideas particulares que contribuyó a llegar a razonamientos generales.

- **Método Descriptivo.**- Este método me compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla

el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

- **Método Exegético**

Me permitió interpretar y analizar las normas legales que regulan la responsabilidad compartida de la tenencia de los hijos producto de la separación o divorcio de los cónyuges.

- **Método Sintético.**

Me ayudó a concretar ideas y opiniones vertidas por los encuestados para llegar a la verificación de hipótesis y objetivos.

- **Método Materialista Histórico.**

Permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

- **Método Comparativo.**

Este método será empleado mediante el conocimiento, análisis de las legislaciones de otros países lo que me dará la pauta para establecer las diferencias de las legislaciones de otros países con la nuestra.

5.3. TÉCNICAS.

Para la recolección de la información que sustenta la parte teórica del trabajo se utilizó la técnica del fichaje, a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

En el trabajo de campo para la obtención de datos empíricos acerca de la problemática estudiada, se procedió primero a aplicar una encuesta a un universo de treinta profesionales del derecho de la ciudad de Loja , quienes dieron sus criterios y que estuvieron orientados a recabar sus opiniones acerca de la temática propuesta.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Con la finalidad de obtener una información actualizada acerca de la problemática investigada, se realizó la investigación de campo, en base a la aplicación de una encuesta a treinta profesionales del derecho, quienes supieron brindar valiosos aportes para la realización del trabajo de campo y cuyos resultados presento a continuación:

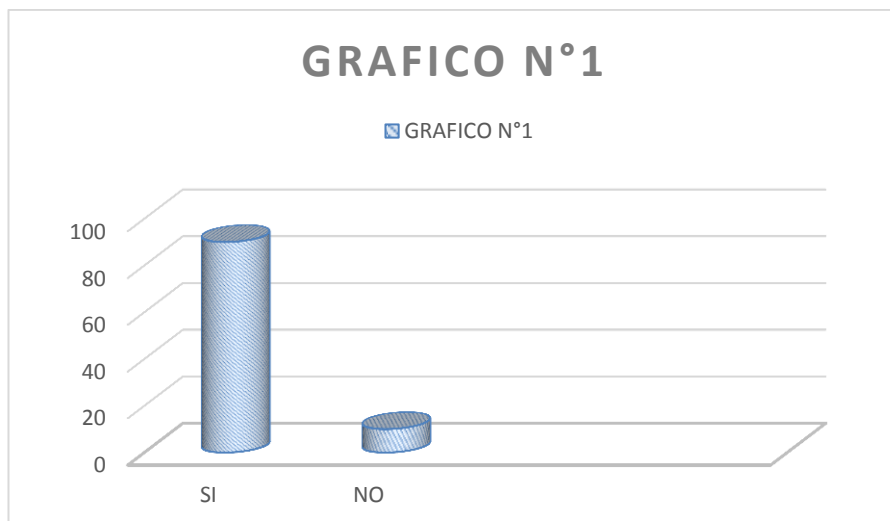
Encuesta

Primera pregunta. **¿Considera usted que La Constitución de la República del Ecuador garantiza a todos los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación?**

CUADRO No 1 INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Autor: Rommel Santiago Ordoñez Díaz

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACION:

En cuanto a la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, veintisiete que corresponde el 90% expresaron que la Constitución de la República del Ecuador garantiza a todos los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación; en cambio tres restante que engloba el 10% no están de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación

ANALISIS:

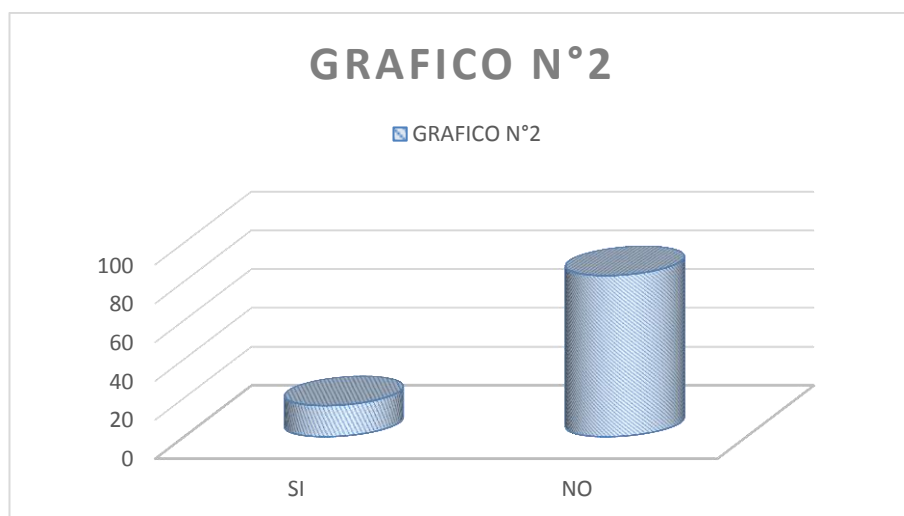
De los resultados obtenidos, se observa que un gran número de encuestados están de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación, es por ello que la familia tiene derecho y obligaciones que cumplir en todos los ámbitos y no deben obviar sus responsabilidades.

Segunda pregunta. **¿Cree usted, que nuestra legislación permite una responsabilidad compartida frente al cuidado de los hijos por el divorcio o separación de los cónyuges?**

CUADRO No 2	FRECUENCIA	PORCENTAJE
INDICADORES		
NO	25	83.33%
SI	5	16.67%
TOTAL	30	100%

Autor: Rommel Santiago Ordoñez Díaz

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACION:

En la segunda pregunta veinticinco personas que corresponde el 83,3% señalaron que nuestra legislación no permite una responsabilidad compartida frente al cuidado de los hijos por el divorcio o separación de los cónyuges; en cambio cinco encuestados que equivale el 16.7% expresaron

que nuestra legislación si permite una responsabilidad compartida frente al cuidado de los hijos por el divorcio o separación de los cónyuges

ANALISIS:

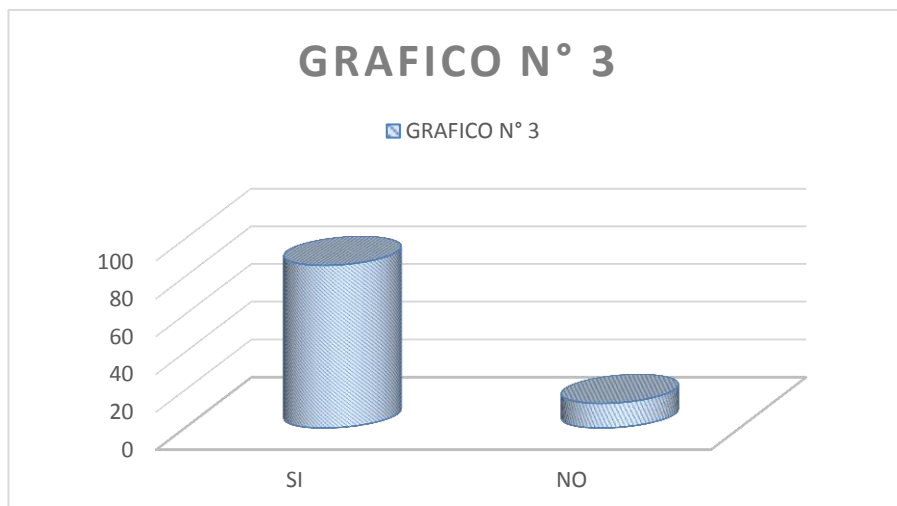
El legislador debe observar que en un divorcio no se desvincule la responsabilidad compartida que debieron tener cuando eran pareja o vivían juntos para con sus hijos, no es justo que el padre aporte con la ayuda económica y se le de horarios de visita para con sus hijos, sino que debe existir una la figura legal del cuidado y protección compartida entre los padres y las madres que se han divorciado.

Tercera pregunta. **¿Las legislaciones actuales en materia de custodia de los hijos se inclina por la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores, considera que esa es la tendencia por lo tanto se hace necesario introducir en nuestra legislación civil esta figura jurídica?**

CUADRO NRO. 3	FRECUENCIA	PORCENTAJE
INDICADORES		
Si	25	83.33%
No	5	16.67%
TOTAL	30	100%

Autor: Rommel Santiago Ordoñez Díaz

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN:

Dentro de lo consultado se observa que, veinticinco profesionales que representa el 83,33% consideran que se hace necesario introducir en nuestra legislación civil la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores; mientras que cinco de los encuestados que representan el 16,67% manifiestan que no es necesario introducir en nuestra legislación la custodia compartida, por cuanto la custodia en la forma como está contemplada en la ley permite la relación permanente con el otro padre que no tiene la tenencia de los menores.

ANÁLISIS:

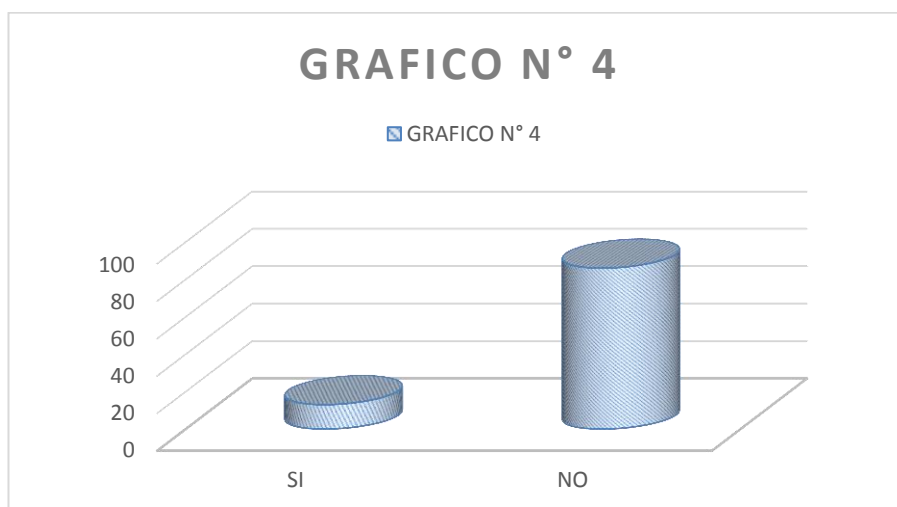
De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del derecho, la mayoría coinciden plenamente que es necesario introducir en nuestra legislación civil la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores.

Cuarta pregunta. ¿A su criterio cree usted que la custodia monoparental o única, permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores?

CUADRO NRO. 4 INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	5	16.67%
No	25	83.33%
TOTAL	30	100%

Autor: Rommel Santiago Ordoñez Díaz

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACIÓN

Con respecto a esta pregunta debo señalar que veinticinco profesionales que representan el 16,67% opinan la custodia monoparental o única no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores; mientras que cinco profesionales que

representan el 83,33% manifiestan que si, por cuanto en la sentencia ya se regula el horario de visita lo que permite el contacto de los hijos con los dos progenitores.

ANÁLISIS

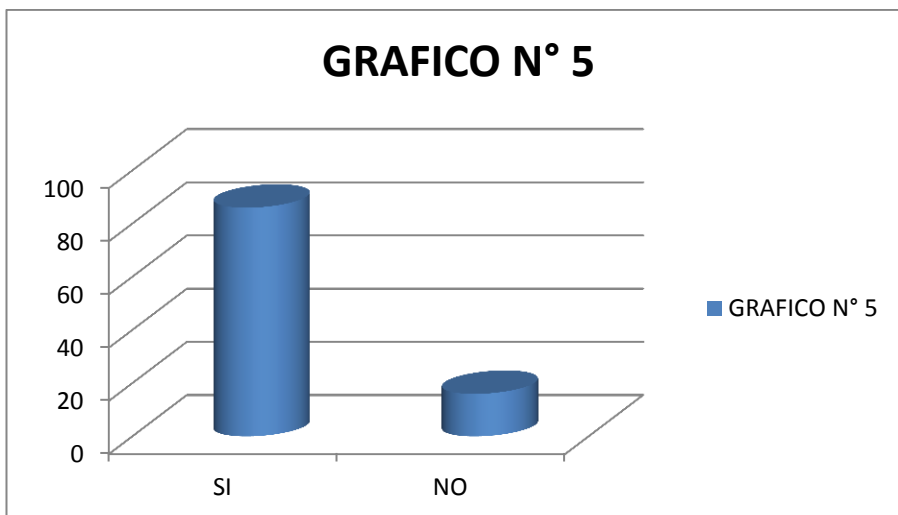
De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de la mayoría de los profesionales encuestados, se llega a determinar la custodia monoparental o única no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores, por cuanto en este tipo de custodia se establece una batalla por ganar la tenencia de los hijos lo que crea un ambiente de hostilidad entre los progenitores que involucra a la prole.

Quinta pregunta. **¿Cree usted, que en el Código de la Niñez y adolescencia se protege los derechos de los niños niñas y adolescentes?**

CUADRO No 5	FRECUENCIA	PORCENTAJE
INDICADORES		
SI	25	83.33%
NO	5	16.67%
TOTAL	30	100%

Autor: Rommel Santiago Ordoñez Díaz

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional



INTERPRETACION:

En esta pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.33% manifestaron que en el Código de la Niñez y adolescencia se protege los derechos de los niños niñas y adolescentes; en cambio cinco personas que encierra el 16.67% expresaron no estar de acuerdo que en el Código de la Niñez y adolescencia se protege los derechos de los niños niñas y adolescentes

ANALISIS:

El Código de la Niñez y Adolescencia en un cuerpo legal que protege los derechos de la niñez y adolescencia, en el ámbito familiar, de trabajo y en la que se dispone la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en el marco de libertad, dignidad y equidad.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVO GENERAL

- ✓ Como objetivo principal me propuse:

“Realizar un estudio crítico, jurídico, analítico y doctrinario, de las diferentes formas existentes de violencia provocadas por la separación o divorcio de los padres del menor”.

Este objetivo lo pude confirmar mediante la investigación bibliografía, en el desarrollo de la Revisión de la Literatura, concretamente en el marco conceptual, doctrinario y jurídico a través de la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia y de diversos textos referentes a materia de familia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ✓ Con este objetivo me planteo:

“Realizar un estudio teórico y normativo del derecho comparado y la legislación de otros países que estipulen la tenencia única y la compartida”.

Este objetivo lo verifiqué principalmente con el desarrollo total de la Revisión de Literatura, a través de una lectura comprensiva y análisis de legislaciones comparadas en el campo jurídico, referentes a la figura de la custodia compartida de países como, Colombia, Costa Rica y El Salvador, por lo que así pude estudiar y determinar que es

evidente la falta de una norma legal en nuestro país, que asegure el derecho superior de los menores a seguir desarrollándose en un ambiente familiar a pesar de que sus padres se hayan divorciado, generando serios problemas relacionados con su desarrollo físico y emocional.

- ✓ Para la realización de este objetivo me proyecte en:

“Determinar que la custodia compartida en los casos de divorcio o separación constituye el mecanismo legal que permite que ambos padres sigan sosteniendo y criando a sus hijos”.

En este objetivo aporta significativamente la necesidad de aplicar una custodia compartida, estableciendo la corresponsabilidad de los padres divorciados en el desarrollo integral de sus hijos, finalmente la propuesta jurídica que presento al final de este trabajo con el propósito de incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia, coadyuva a la verificación de este objetivo.

- ✓ Para este objetivo planteo lo siguiente:

“Incorporar una reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia para establecer la responsabilidad o tenencia compartida en caso de separación o divorcio de los cónyuges”.

Planteado en esta forma, este objetivo lo verifiqué a través de la proyección y elaboración del Marco Teórico sobre la tenencia Compartida, el mismo que me permitió tener un mayor entendimiento

y comprensión de la necesidad de incorporar en nuestra legislación esta figura jurídica puesto que los más beneficiados serán los hijos de padres divorciados y con ello consecuentemente se harán efectivos sus derechos constitucionales, ya que de acuerdo a la Constitución de la República son considerados como grupos de atención prioritaria.

7.2 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el proyecto de investigación de igual forma realicé el planteamiento de una hipótesis, la cual sería contrastada una vez desarrollado todo el proceso investigativo. La hipótesis sujeta a contrastación fue la siguiente:

“La norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, es por ello que se hace necesario establecer nuevos mecanismos legales en caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, a efecto de regular la custodia de los hijos; en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los hijos”.

La norma contenida en el Libro II, Título III, Del Código De La Niñez Y Adolescencia. Establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, de esta manera surge la necesidad de reformar dicho Libro, para de tal manera surja la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos

padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los mismos, de allí la necesidad de regular dicho Código para la custodia compartida.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA

Luego de la separación o divorcio de los progenitores, surgen nuevas formas de relación entre los progenitores entre sí y con respecto de sus hijos. Habitualmente el hijo se encuentra en una posición intermedia y sin acceso a métodos de proponer mecanismos de solución, en caso la separación de los progenitores hubiera sido en términos conflictivos.

Quien tiene la custodia y/o tenencia en mayor proporción de tiempo frente al régimen de visitas, por lo general suele autocalificarse como la parte víctima /pasiva en la fragmentación de la relación de pareja y traslada una carga emocional negativa a su hijo (progenitor “débil”). Los patrones se acentúan respecto de las condiciones paternas de un progenitor frente al otro, incrementándose los niveles de dependencia del hijo y de idealización de un progenitor.

La acepción de tenencia dentro del Derecho Civil tiene varios significados. Existe otro relativo a la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre conforme dispone el Art. 734 del Código Civil. La tenencia de menores de edad, sin embargo tiene otro significado. Aunque el legislador sobre esta última institución jurídica no la ha definido, de la procedencia podemos afirmar que se refiere

al cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes por parte de los progenitores cuando no existe acuerdo entre ellos, siguiendo las normas prefijadas por el legislador en el Código de la Niñez y Adolescencia.

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

Sobre la procedencia de la tenencia el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia reza que: “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.

La tenencia a decir de esta disposición normativa, se halla bajo el buen criterio, del juzgador no existen parámetros legales por los cuales el Juez se guíe. Sólo dice que “cuando el Juez estime conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia”. Pero. ¿Qué se debe entender por conveniente? Pues esto debe consistir en una condición provechosa en virtud de la cual el niño, niña o adolescente puede desarrollar sus actividades diarias satisfaciendo sus necesidades materiales y espirituales básicas; esto es, bajo el propósito de bienestar y desarrollo integral de los menores de edad.

Cuando se da la separación o divorcio de los progenitores, los hijos o hijas de familia quedan desamparados emocional o familiarmente, situación que al no existir una responsabilidad compartida en la tenencia de los hijos después de dicha separación conlleva a problemas de los niños, niñas y adolescentes en situaciones de alejamiento, situación que genera en los

progenitores que no tienen la tenencia o custodia una disfunción en la función paterna respecto de sus hijos.

Si bien esta disfunción puede ser aliviada o atenuada por tratamientos psicológicos, los efectos psicológicos bien pueden ser permanentes, manifestándose una serie de problemas en los hijos a futuro. Tanto la obstrucción del vínculo y disminución de la función parental son dos figuras autónomas pero que se complementan para generar un mayor perjuicio en las relaciones paterno-filiales y tienen una connotación invisible frente a la ley.

Bajo estos contextos, se anteponen intereses personales, frente al desarrollo psicológico, social y afectivo del hijo respecto del padre que cuenta con régimen de visitas. Así por ejemplo podría considerarse que si un progenitor adúltero e infiel en su relación conyugal podría ser un buen progenitor y debido a la denuncia o demandada, la otra parte inicie una serie de acciones legales con el objeto de limitar sus derechos. La línea de diferenciación entre estas conductas (objetivamente equivocadas y perjudiciales para la relación de los progenitores) entre progenitores e hijos, radica en los niveles de atención de las necesidades de los segundos. Si esa atención se perjudica debido a la priorización de intereses personales (como la atención a la nueva pareja por ejemplo) deberían generar en el juzgador la motivación de una resolución favorable hacia el otro progenitor.

8. CONCLUSIONES

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Entre los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes encontramos el derecho a la integridad física y psíquica.
- Que si bien la norma Constitucional reconoce la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, pero su aplicación no ha sido regulada en la ley.
- Que se hace necesario establecer en la ley nuevos mecanismos legales en relación a la custodia de los hijos, que causen menor impacto psicológico en los mismos en caso de divorcio de sus padres.
- Que se hace necesario regular Al Libro II, Título III, Del Código De La Niñez Y Adolescencia en cuanto a la custodia compartida como mecanismo de protección de los hijos menores de edad en los casos de divorcio de sus progenitores.

- Que los avances del mundo globalizado determinan la necesidad de establecer nuevos mecanismos de custodia legal de los hijos, en caso de divorcio de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

9. RECOMENDACIONES

Como producto de la investigación podemos establecer las siguientes:

- El Estado ejecute proyectos encaminados a la protección de la familia como célula fundamental de la sociedad, acogiendo la tenencia compartida en nuestro país.
- Que la Asamblea Nacional del Ecuador reforme el Código de la Niñez y Adolescencia donde conste la Custodia Compartida, en caso de separación o divorcio de los padres, siendo esta una opción superadora al velar por el interés superior de los menores de edad.
- Que el Instituto Nacional de la Niñez y Adolescencia, INFA implemente Asociaciones de Padres de Familia Separados, de modo que haya una adaptación a la vida post-divorcio de concilio y entendimiento entre los ex conyugues, con el fin de que sus hijos no se vean afectados emocional y psicológicamente al no convivir con uno de sus padres.
- Que mediante la Asamblea Nacional del Ecuador en nuestra legislación exista un plan de Parentalidad al momento de contraer matrimonio, donde se detalle minuciosamente todas aquellas cuestiones referentes al cuidado y reparto de las responsabilidades

relativas a los hijos menores, anticipando situaciones futuras como la separación y divorcio.

- Que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, establezca centros de mediación gratuitos, en caso de separación o divorcio de los conyugues con finalidad de la protección integral del menor, estableciendo acciones afirmativas como reconocimiento, garantías, prevención que tiene que ver con las amenazas o vulneraciones de los derechos y el restablecimiento de los derechos bajos los principios de universalidad, e integralidad.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, La igualdad se refiere principalmente a un campo de respeto relacionado con la protección de los derechos de las personas.

QUE, se hace necesario regular en la ley el derecho consagrado en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República que establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

Que el marco legal que regula la custodia de los hijos en caso de divorcio o separación de sus progenitores resulta ambigua en relación al avance de la sociedad, por lo tanto se hace necesario crear un marco legal que permita su aplicación eficaz.

Que es necesario una responsabilidad compartida porque eso vincula las consideraciones económicas, familiares y sociales, por cuanto esto evitaría que perjudique la relación con el otro progenitor y los abuelos, padres de éste último progenitor. Subsume en forma objetiva, las situaciones subjetivas de la tenencia temporal y la condición favorable hacia el hijo.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art: 120, numeral 6, se expide lo siguiente:

LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

LIBRO II

TITULO III

DE LA TENENCIA

Art. 1.- Refórmese el Libro II, Título III, de la Tenencia del Código de la Niñez y Adolescencia por el siguiente:

Se establece la responsabilidad compartida de la tenencia de los hijos.

Artículo Reformado (118) LA TENENCIA COMPARTIDA.- Si los padres se ponen de acuerdo al divorciarse. Si no es así, excepcionalmente, el juez, a instancias de una de las partes, con informe favorable del equipo técnico del Juzgado de la Mujer, la Familia, Niñez y la Adolescencia, podrá acordar la guardia y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta manera, se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Artículo Reformado (119).- REPARTO DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad.

Al establecer el reparto de los periodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los menores de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos pero más frecuentes con cada uno de los progenitores.

Artículo Reformado (120).- IGUALDAD DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre no custodio y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo Reformado (121).- PERDIDA DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. La Custodia y el Cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.

3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
5. Incumplimiento de la ley de custodia compartida, cualquiera sea la forma de entorpecer el derecho que le corresponde al otro progenitor.
6. Fallecimiento del progenitor Tutor.
7. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor.
8. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
9. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
10. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
11. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre no tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
12. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Derogase todas las disposiciones contempladas en el Código de la Niñez u Adolescencia y todas aquellas disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

Artículo Final: La presente Ley reformativa del Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico de Procedimiento Penal, entraran en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la sala de sesiones de la Honorable Asamblea Nacional, en Quito, Distrito Metropolitano, ----- de ----- del 2016.

LA PRESIDENTA

LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- AMBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca Ecuador 2001, pág. 149
- BONNECASE, Julien, tratado elemental del derecho civil, (parte A) Biblioteca Clásicos del derecho Civil, volumen 1, Editorial Harla, México D.F, 2000, pág. 251.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000, pág. 19.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, Guardia y Custodia de Hijos Menores: Las Crisis Matrimoniales y de Parejas, Editorial La Ley, Madrid-España, 2007, pág. 78.
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 107
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 111
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 115
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 307
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 112

- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 3
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 4
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 6
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 8
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 9
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 11
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 12
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito–Ecuador, 2013, Art. 14
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 15.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 16
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 17

- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 21
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 96
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 113
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 118
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 10
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito-Ecuador, 2013, Art. 26
- CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, Cogep, pág. 33
eselic Profesional-www.lexis.com.ec
- CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, Cogep, pág. 9
eselic Profesional-www.lexis.com.ec
- CÓDIGO PENAL, Colombia.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador,2013, Art. 11
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 44
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador,2013, Art.76 numeral 1

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 83, núm. 7
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 424
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 67.
- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, II Edición Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 518.
- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 725
- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, II Edición Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 725.
- IBIDEM, Art. 69 numerales 1,4 y 5
- IVARS RUIZ, J, Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2008, pág. 62.
- JUSTICIA, M.D., y CANTÓN, J., Disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio, Editorial pirámide, Madrid-España, 2000, pág. 102.

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Obra Citada, Pág. 348
- LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, El Salvador.
- LEY DE PATERNIDAD RESPONSABLES, Costa Rica.
- LEY NO. 249, Colombia.
- LUCA DE TENA, Torcuato, DIARIO ABC, S.L, Definición de madre, Edición: España 14 de abril de 1909.
- OJEDA MARTINEZ, Cristóbal, 2004, —Estudio crítico de los derechos y garantías de la niñez y adolescencial, Tomo I. Pág. 7
- PÉREZ PORTO JULIAN Y GARDEY Ana, ([HTTP://DEFINICION.DE/PADRE/](http://definicion.de/padre/)), Publicado: 2009. Actualizado: 2009.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2009, pág. 68.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL, Editorial Civitas, Madrid – España, 2008.

11. ANEXOS

11.1. PROYECTO DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”

PROYECTO DE TESIS PREVIO
A LA OBTENCION DEL TÍTULO
DE ABOGADO.

AUTOR:

- ROMMEL SANTIAGO ORDÓÑEZ DÍAZ

LOJA-ECUADOR

2016

1. TEMA:

“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”

2. PROBLEMÁTICA.

La norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia el estado 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, además el estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa estableciendo la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el libro II, habla sobre el niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia y dice en el Art. 96.- 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. Recibe el apoyo y protección del Estado a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades por lo que hace referencia a que los padres tienen que estar presentes en cada momento clave de la vida de sus hijos para que éstos sean conscientes de su crecimiento tanto a nivel físico como mental. Y en el Título III. Art. 118 del mismo libro hace referencia a la tenencia del menor de edad en caso de separación o divorcio de los padres

que dice.- Que el Juez estimará lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores debido a esto el menor se desvincula de uno de los padres, que por lo general es el padre quien es separado del niño o niña.

Nuestra sociedad debe tomar conciencia de la violación sistemática de los derechos que tiene el niño, niña o adolescente a la no presencia de su padre o madre, la cual se produce en los casos de separación y divorcio.

En estas circunstancias se hace necesario regular dentro del ordenamiento legal el mecanismo que asegure el cumplimiento de este principio constitucional como es la corresponsabilidad de los progenitores en sus obligaciones para con sus hijos en caso de divorcio o separación, siendo uno de los mecanismos legales que permite cumplir de mejor manera dicho fin, la custodia compartida que no es otra cosa que la situación legal mediante la cual, en caso de divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.

Se entiende tenencia, custodia o guarda como los cuidados y protección directa que los padres desarrollan hacia sus hijos. Implica convivencia, atención diaria y contención afectiva.

La Ley y la Jurisprudencia establecen que para hijos menores de edad, la tenencia es de la madre. Reformas establecen que la Patria Potestad, la detenta quien ejerce la tenencia, completando el desolado cuadro del padre “no conviviente” para el cual sólo se reservan las “visitas” y el pago de los llamados “alimentos”.

La separación de los padres, para un menor, es un acontecimiento que lo marcará para toda su vida, si no se realizan adecuadamente y si los padres no toman seriedad y colaboran para que esta decisión sea lo menos dolorosa para sus hijos. La tenencia compartida, para situaciones como la descrita, 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.

Esta reforma abre la esperanza en miles de niños injustamente privados del derecho natural de ver a sus padres. Devuelve a los progenitores afectados la posibilidad de un enmiendo judicial y sanciona un capricho vil. Fueron las madres quienes escogieron al padre de sus hijos, salvo casos de violación. Fueron los padres, quienes escogieron a la madre de sus hijos, por lo tanto es un derecho que el hijo goce de la cercanía de sus progenitores.

3. JUSTIFICACIÓN.

ACADÉMICA

El presente trabajo de investigación se justifica desde el punto de vista académico ya que se pondrá en práctica los conocimientos adquiridos en el transcurso del periodo académico, será una herramienta útil de investigación y consulta para los estudiantes y personas interesadas en el tema, puesto que reposará en la biblioteca de la Universidad Nacional de Loja ; además se cumplirá con un requisito esencial para la aprobación del presente módulo y la obtención del título de tercer nivel de Abogado.

SOCIAL

La investigación a realizarse es de trascendencia social , porque se trata de reformar lo referente al Código de la Niñez y Adolescencia a la incorporación de la tenencia compartida del menor y del mismo como cuidado del menor , para configurar esta institución jurídica y establecer como una manera para que ambos padres tengan los mismos derechos y obligaciones del menor acorde de los avances de la sociedad. Además esta investigación es relevante y de gran importancia social porque su finalidad es de garantizar el cumplimiento de la norma legal de la mejor manera , y nos ayudará a detectar falencias y proponer soluciones a las mismas, mediante las conclusiones y recomendaciones que serán expuestas a conocimiento público para que puedan realizar las correcciones y adecuaciones necesarias, que repercutirá en el buen vivir de los niños y niñas ecuatorianos/as.

JURÍDICO

El presente proyecto de tesis, se justifica desde el punto de vista jurídico, debido al profundo estudio crítico que se realizara respecto a la tenencia única, además de un estudio de campo doctrinario y legal. El cual tiene un carácter científico, por cuanto se realizara en forma ordenada y sistemática, utilizando métodos y técnicas, que permite ordenar nuevos conocimientos científicos y establecer conclusiones, recomendaciones y una propuesta jurídica, que permite de mejor manera solucionar el problema que se suscita con la tenencia única de los menores a uno de sus padres y el vacío jurídico que genera el no cumplimiento del derecho del desarrollo integral del menor adolescente.

Por las justificaciones antes redactadas considero que el problema planteado es factible para el desarrollo investigativo y de esta forma poder colaborar con posibles soluciones y alternativas de solución del problema que provoca la tenencia de un niño.

4. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

- ✓ Realizar un estudio crítico, jurídico, analítico y doctrinario, de las diferentes formas existentes de violencia provocadas por la separación o divorcio de los padres del menor.

4.1. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- ✓ Realizar un estudio teórico y normativo del derecho comparado y la legislación de otros países que estipulen la tenencia única y la compartida.
- ✓ Determinar que la custodia compartida en los casos de divorcio o separación constituye el mecanismo legal que permite que ambos padres sigan sosteniendo y criando a sus hijos.
- ✓ Incorporar una reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia para establecer la responsabilidad o tenencia compartida en caso de separación o divorcio de los cónyuges.

5. HIPOTESIS:

La existencia de la tenencia única en el derecho de familia ecuatoriana conlleva a que el niño, niña y adolescente no disfrute de la convivencia familiar y comunitaria; y al conyugue que no tiene la custodia de su hijo sea afectado en la equivalencia subjetiva de derechos y obligaciones. Además genera en el menor de edad una presión de preferencia o lealtad por cualquiera de los padres creando un conflicto.

6. MARCO TEORICO

Es necesario comenzar hablando acerca del divorcio y la separación ya que cuando se habla de separación no necesariamente la pareja debe estar casada, la separación también puede darse en parejas que viven en unión de hecho, o noviazgos de cuyo resultado quedan hijos. En cambio el divorcio según el Código Civil Ecuatoriano, Art. 106: “Es la disolución del vínculo matrimonial, y deja a los conyugues en aptitud para contraer nuevo matrimonio...”, cuando una pareja comienza el camino de una vida en conjunto es evidente que ninguno de ellos lo hace pensando en la separación o en el divorcio.

Cuando las personas tienen problemas con el matrimonio, es que esperan que funcione automáticamente. Creen que seguirá existiendo sin ningún esfuerzo de su parte; por desgracia, no es así

Luego de la separación o divorcio de los progenitores, surgen nuevas formas de relación entre los progenitores entre sí y con respecto de sus hijos. Habitualmente el hijo se encuentra en una posición intermedia y sin acceso a métodos de proponer mecanismos de solución,

Hablando de la tenencia única, la cual se da en nuestro país por ello Albán Escobar Fernando, en su libro “El Derecho de La Niñez Y Adolescencia, manifiesta que “La Tenencia es la responsabilidad que asume uno de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue en tenencia a su hijo o hija no pierden la patria potestad. Tal

responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial del derecho de custodia y tenencia de un hijo. Procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro a un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de éste”⁵⁶

Por lo tanto la tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es, teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Como casi nunca se llega a un acuerdo, lo que se hace es dejar que el Juez decida cuál de los padres es el que debe ejercer la tenencia del menor.

Debe otorgarse la tenencia del menor a su madre si del examen psicológico se aprecia que éste se siente más cerca de la figura materna pero confundido respecto a la función de su padre en el contexto familiar, pues privarlo de ella le afectaría aún más su desarrollo integral.

⁵⁶ALBAN ESCOBRA FERNANDO, libro titulado EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, edición 2010.- Ecuador – Quito, pagina 22.

Albán Escobar Fernando, en su libro “El Derecho De La Niñez Y Adolescencia”, también manifiesta que “La Tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no lo tiene a su lado, el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigará a su hijo. Sin embargo la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la Variación de la Tenencia en caso de que dichos cuidados no existan o no sean suficientes”⁵⁷.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la ley establece que la variación de la Tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del menor se encuentre en peligro.

El requisito es que exista una Tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una Tenencia otorgada por el Juez.

La resolución que establece la separación convencional, establece de conformidad con el convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tienen autoridad de cosa juzgada, en materia de tenencia, puede variar si el otro padre considera que debe tener la tenencia,

⁵⁷ALBAN ESCOBRA FERNANDO, libro titulado EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, edición 2010.- Ecuador – Quito, pagina 25.

para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, pero sólo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia.

La Convención sobre los Derechos del Niño y el Código del Niño y el Adolescente señalan que la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, si el menor está en condiciones de formarse un juicio propio. Es importante la edad del menor para formularle las preguntas y sobre todo cuando el Juez admite la demanda señala día y hora a fin de tomar la declaración del menor, en esa diligencia sólo él ingresará a responder las preguntas para que se determine que responde sin coacción (el menor desde los siete u ocho años tiene juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años, tiene la capacidad de simbolización).

De las anotaciones anteriores podemos manifestar que la tenencia única la cual está estipulada en el código de la Niñez y Adolescencia, permite que solo un padre se el papá o la mamá, pero en la mayoría de los casos la tenencia le otorgan siempre a la mama, tengan la custodia o guardia del menor. Por ello es necesario estudiar la institución de carácter familiar e incrementar dentro de nuestro cuerpo legal es decir dentro del Código de la Niñez y Adolescencia la Tenencia compartida la cual es también llamada coparentalidad es una novedosa institución del Derecho de Familia mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica es que los dos padres, pese a vivir separados, llevan a cabo los mismos atributos y

facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad se robustece dado que ambos padres la ejercerán directamente. En tal orientación, la tenencia compartida es aquella en la que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor. Las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable. Los problemas en estos casos son de tipo práctico: establecer la periodicidad más adecuada en la variación de la convivencia normal y visitas.

María De Montserrat Pérez Contreras en su obra “Reflexiones En Torno A La Custodia Compartida De Los Hijos”.- indica que “El sustento de la coparentalidad es preservar de manera especial las relaciones paterno-filiales y, en general, las relaciones familiares. Implica el estricto ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, sea cual fuera su situación de convivencia. Así, se legitima un hogar a tiempo compartido en el que el hijo convive un tiempo con el padre y otro con la madre, permitiendo que la formación y contacto con sus progenitores sea equitativo y pleno, no restringido como ocurre con el régimen tradicional de tenencia que se acompaña con un régimen de visitas a efectos de mantener las relaciones familiares indispensables con el menor”⁵⁸.

La viene aplicándose de hecho como un medio efectivo para consolidar los vínculos de familia. Más que una institución legal debemos tender a crear

⁵⁸**MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS. Reflexiones en torno a la custodia compartida de los hijos.- La custodia compartida y las reformas de 2004. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año 2009. N° 116, mayo-agosto 2006. pp. 526.**

una seguridad en su aplicación a efecto de evitar un desfase social y legal. Familia es compartir y una forma de ello es estrechando los lazos entre los familiares.

El camino de la igualdad de derechos entre progenitores está en la Tenencia Compartida, concordante con la protección del Interés Superior del Niño.

El niño, niña y adolescente tienen el derecho de tener a ambos padres, de compartir con sus padres y de tenerlos a su lado ya que esto será pieza fundamental para su desarrollo personal. Los niños han de saber que su mamá y su papá seguirán siendo sus padres aún si el matrimonio se termina y los padres no viven juntos. Las disputas prolongadas acerca de la custodia de los hijos o el presionar a los niños para que se pongan de parte del papá o de la mamá le pueden hacer mucho daño a los hijos y puede acrecentar el daño que les hace el divorcio.

Por ello es necesario que exista la Tenencia Compartida, que consiste en dar a ambos padres la oportunidad de criar a sus hijos, ambos padres detentarán la custodia de los menores, pudiendo gozar con la figura materna y paterna que necesita el menor de edad para el debido desarrollo de su parte emocional. Y así tener la igualdad de derechos y obligaciones la cual tiene implicaciones económicas, psicológicas y sociales.

En el ámbito económico, las pensiones alimenticias que se pagan por los hijos otorgan el carácter igualitario por excelencia de la custodia y tenencia compartida. Bajo este régimen, ambos progenitores se harán cargo cada

uno del 50% de todos los gastos de los hijos. Esto, a su vez, ambas partes podrán devengar los gastos en proporciones iguales. Este prorrateo igualitario tendrá lugar con independencia del progenitor con quien convivan a la fecha de devengo.

En realidad la tenencia compartida no procura que los progenitores tengan una relación paritaria en cuanto a sus derechos y obligaciones respecto de sus hijos, y muy por el contrario sólo garantiza la equivalencia subjetiva de derechos y obligaciones, esto es la garantía de la proporcionalidad de derechos y obligaciones.

En términos económicos mantendrá la mayor carga de obligaciones al progenitor que pueda afrontarlos, exigiéndole a quien tenga menores ingresos a cumplir con parte del mantenimiento del hijo, con lo cual se descarta la tradicional limitación del padre a un rol de proveedor económico de la familia (tu sueldo es nuestro y el mío es sólo mío)

Sí las condiciones son excluyentes para uno de los progenitores respecto de sus obligaciones económicas (en este caso generalmente para las mujeres), bien podría el juez variar el domicilio principal del menor y asignarle mayores obligaciones y derechos al padre, porque sólo de esta manera se garantiza una mejor tutela de derechos del menor. ¿Qué sentido tiene mantener el domicilio del menor en la residencia de la madre si esta no puede garantizar su propia subsistencia?, ¿necesariamente el sistema judicial debe proteger el abuso de derechos de quien no puede garantizar su propia subsistencia?

En términos de la frecuencia del vínculo, tal como se pudiera expresar en el cuadro líneas arriba, el objetivo no está en garantizar primariamente los derechos del progenitor, sino de vincular estos derechos sobre las condiciones materiales del menor y por ello la proporcionalidad en el contacto es una característica básica de la tenencia compartida.

Además de equiparar las condiciones económicas para ambos progenitores, en algunos casos la custodia coparental reduce el excesivo peso económico que carga casi siempre a una de las partes. Ya que las pensiones compensatorias se convierten en demasiadas ocasiones en un parasitismo de quien ostenta la custodia y en una esclavitud para la otra parte.

La custodia compartida genera numerosas dudas, como la diferencia entre patria potestad y custodia, si equivale a “la mitad del tiempo con cada uno”, qué ocurre en caso de que uno de los padres quiera mudarse de ciudad... Éstas son algunas de las preguntas más frecuentes al decidir entre una forma de custodia exclusiva y una compartida. Beatriz Salvar.- en su obra. Estudio Psicológico: Cómo Preservar a los Hijos antes, durante y después el divorcio. Apuesta a conocimiento un cuadro comparativo puede despejar dudas acerca de los derechos y obligaciones en cada caso.

- **“Patria potestad.** En el caso de la **custodia compartida** la ejercen ambos, mientras que en la **monoparental** la ejerce quien tiene la tenencia, por el solo hecho de pasar más tiempo con los hijos. Si bien desde el punto de vista legal, bajo cualquier forma de custodia, la

patria potestad es compartida, si no se vive el día a día con los hijos, es como compartir un papel mojado.

- **Reparto de bienes.** En la **custodia compartida** la casa y el ajuar común se dividen entre ambos, mientras que en la **monoparental** correrá con ventaja quien ostente la exclusividad de la custodia.
- **Pensiones alimenticias.** En el modelo **compartido** la aportan ambos y el control de estos gastos es más eficiente, ya que son pagos directos y en relación con el gasto real de los hijos. Esto no ocurre en el modelo **monoparental** de guarda, donde un progenitor recibe las pensiones de otro y la instancia de control de su uso se dificulta.
- **Gastos extraordinarios.** En la custodia **monoparental** suelen incluirse en la pensión alimenticia, a diferencia del **modelo compartido**, que supone el pago de ambos.
- **Traslado de domicilio.** En la **monoparental**, quien cuenta con la custodia puede, desde el punto de vista legal, cambiar de domicilio a su gusto. En **la compartida**, el hijo no puede cambiar de domicilio por capricho de una de las partes⁵⁹.

El modelo de custodia compartida es una figura legal positiva, algo que ha llevado a sopesar si sería conveniente desde el punto de vista judicial considerarlo como modelo preferente en el momento de resolver una separación y también es para el interés del menor.

⁵⁹BEATRIZ SALVAR.- en su obra. ESTUDIO PSICOLÓGICO: CÓMO PRESERVAR A LOS HIJOS ANTES, DURANTE Y DESPUÉS EL DIVORCIO. Edición Bass.- Argentina - Buenos Aires,- 1993. Pág.

Al respecto La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Perú manifiesta acerca de la tenencia compartida lo siguiente:

1.- Corresponde que ambos padres ejerzan la tenencia y guarda compartida de la menor como de hecho acontece mediante acuerdos adultos y equilibrados que privilegien el bienestar de su hija. Así, y por aplicación del principio de la coparentalidad (art. 9 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del niño), resulta conveniente que la niña permanezca durante los días de semana con su padre y los días feriados y/o festivos con su madre.

2.- Cualquiera de los padres, el que tiene la guarda o el que no la conserva, puede desplegar una suerte de cuidados, protección y actividades en relación al hijo que no exigen necesariamente la vida en común. En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir. En su significación implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores. De tal modo, se aventa el preconceito existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente.

3.- Las especiales circunstancias del caso imponen trascender la solución corriente establecida en el inc. 5 del art. 264 del Código Civil, porque el camino marcado por esta norma, confrontado con las pautas privilegiadas por la Convención, se revela aquí como insuficiente para el logro de la prevalencia del interés de la menor. No se trata de descalificar el criterio del Código Civil en forma omnicompreensiva porque, ciertamente, existen

supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad en cabeza exclusiva de uno de los progenitores resulte el mejor arbitrio para la consagración de aquel interés superior, y en tales condiciones ninguna objeción podrá encontrarse a esa manera de resolver la situación.

4.- Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores extramatrimoniales, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos.

5.- En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta primordialmente el beneficio del menor, debiendo supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés.

6.- Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, pese a la separación, estos deben actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos.

La tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.

Este sistema permite, por un lado, conservar en ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales.

Dentro de las ventajas que posee el régimen de la tenencia compartida, pueden citarse las siguientes: permite la participación activa de ambos progenitores en la crianza de los hijos; la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores, la distribución de los gastos de manutención de los hijos; la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial; y un largo etcétera.

Si bien, consideramos que la tenencia compartida es la mejor forma que los hijos mantengan contacto paritario con los padres, y por ende se relacionen y afiancen lazos entre sí, deben reunirse condiciones especiales para que funcione en la práctica. Establecer un código de estímulos y sanciones homogéneo entre los progenitores, respecto de los hijos; realizar una relación de gastos que asumirán de manera proporcional; mantener un diálogo fluido y pacífico sobre los asuntos concernientes a aquéllos; etc.

No obstante, debemos mencionar que, si los progenitores no se encuentran preparados para asumir las condiciones citadas, de manera tal, que no permitan que la dinámica funcione con efectividad, consideramos que el

sistema tradicional del ejercicio de la tenencia monoparental, con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor que no ostente la tenencia, no deja de ser una alternativa saludable, siempre y cuando, se cumpla con dichos regímenes sin afectar los derechos de los hijos, teniendo presente, en cualquier caso, su opinión.

Así mismo es necesario anotar las diferentes legislaciones tanto internas como externas

Es necesario transcribir los artículos tanto de la Constitución de la República del Ecuador y del Código de la Niñez y Adolescencia, donde se encuentran garantizados los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La Constitución de la Republica del ecuador en su articulado manifiesta lo siguiente:

Sección quinta.- Niñas, niños y adolescentes.

Constitución de la República del Ecuador en su “**Art. 44.** - El Estado , la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas , niños y adolescentes, y asegurarse en el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su nivel superior y sus derechos prevalecerán sobre 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 entorno familiar, escolar, social y comunitario de efectividad y seguridad. Este entorno permitirá la

satisfacción de sus necesidades sociales, efectivo- emocional y cultural, con el apoyo de políticas intersecciones nacionales y locales”.⁶⁰

Analizando este artículo es necesario manifestar que el desarrollo integral en un menor o adolescente es importante ya que mediante esto pueden crecer en formar e igual condiciones.

El desarrollo integral comprende desde la etapa del nacimiento hasta su maduración como persona donde se comprende la preparación física y su intelecto

La Constitución de la República del Ecuador mencionan en su “**Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes, gozaran de los derechos comunes del ser humano, además los específicos de su edad. El estado reconocerá y garantizara la vida, incluido el cuidado y la protección desde la conceptualización. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutricional; a la educación y cultura , al deporte y recreación, a la seguridad social, **a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;**(las negritas son mías), a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad, a ser consultados en los asuntos que los afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información

⁶⁰ Constitución de la republica del ecuador.- Edición Corporaciones de estudios y Publicaciones 2008. Quito- Ecuador

acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”⁶¹

La Constitución de la República señala en el “**Art. 69.-** que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia se establece: Numeral 1.- Se promoverá la maternidad y paternidad responsable estarán obligados al cuidado , crianza, educación , alimentación , desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos , en particular cuando se encuentran separados de ellos por cualquier motivo. Numeral 2.- El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilara el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”⁶².

Todo esto comprende al interés superior del menor es decir al cuidado y al buen trato por parte de sus padres, al momento de decir que el estado vigilara el cumplimiento de las obligaciones de los progenitores, por esto existe el Ministerio de Inclusión Económica y Social en nuestro país, así como también los Juzgados de la Niñez y Familia en caso de pasar alimentos al menor, sin estos organismos de control no se respetaría los derechos del menor.

Código de la Niñez y Adolescencia. Indica en el “**Art. 9.-** La Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña, y

⁶¹Constitución de la república del Ecuador.- Edición Corporaciones de estudios y Publicaciones 2008. Quito- Ecuador

⁶² Constitución de la república del Ecuador.- Edición Corporaciones de estudios y Publicaciones 2008. Quito- Ecuador

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”⁶³.

De la misma manera en el “**Art. 100.-** Expone La Corresponsabilidad parental.- “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado y la crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”⁶⁴.

En primer lugar cuando los padres están de acuerdo y deciden solucionar sus diferencias pacíficamente; es así que se da a los padres la facultad de decidir quién será aquel que goce de la tenencia de los hijos, pero siempre tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente.

En una segunda y tercera situación, se indica que los padres o no se ponen de acuerdo sobre quien ejercerá la tenencia o esta es perjudicial para el menor; en estos casos será el juez quien aplicando su “criterio” decidirá quién gozará de la tenencia o de puede optar por disponer la Tenencia Compartida.

⁶³ Código de la Niñez y Adolescencia.- Edición Corporaciones de estudios y publicaciones.- 2012.- Quito-Ecuador.

⁶⁴ Código de la Niñez y Adolescencia.- Edición Corporaciones de estudios y publicaciones.- 2012.- Quito-Ecuador

7. METODOLOGÍA.

Es preciso indicar que para la realización del presente Proyecto de Tesis, me serviré de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica me permite utilizar para descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos; el método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, es por ello que en el presente proyecto de tesis me apoyare en el método científico, como el método general del conocimiento, así también en los siguientes:

- **Inductivo y Deductivo.**- Estos métodos me permitirán, primero conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general, en algunos casos, y segundo partiendo de lo general para arribar a lo particular y singular del problema, en otros casos.
- **Método Materialista Histórico.**- Permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.
- **Método Descriptivo.**- Este método me compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla

el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

- **Método Comparativo.**- Este método será empleado mediante el conocimiento, análisis de las legislaciones de otros países lo que me dará la pauta para establecer las diferencias de las legislaciones de otros países con la nuestra.

Técnicas

En cuanto a técnicas realizare la encuesta a treinta profesionales del derecho de la ciudad de Loja conocedores de problemática, y padres de familia que tenga a sus hijos con la institución de la tenencia, para luego de recogidos esos datos estos nos puedan servir para poder proponer alternativas de solución para el problema planteado, los resultados de la investigación se presentaran en tablas de variantes y gráficos , como mejor resulte la presentación y entendimiento de los mismos, en forma discursiva las deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos que servirán para la verificación de objetivos y deducción de hipótesis, luego arribar a conclusiones y recomendaciones.

8. ESQUEMA PROVISIONAL DEL INFORME FINAL

1. Título
2. Resumen en Castellano
3. Abstrac
4. Introducción
5. Revisión de Literatura
6. Materiales y Métodos
7. Resultados
8. Discusión
9. Conclusiones
- 10.Recomendaciones
- 11.Propuesta de Reforma Jurídica
- 12.Bibliografía
- 13.Anexos

9. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	Mayo				Junio				Julio				Agosto			
Selección del Problema	X															
Elaboración del Proyecto de Tesis		X	X													
Presentación y Aprobación del Proyecto de Tesis.				X												
Desarrollo de la Tesis					X	X	X	X								
Investigación de Campo									X	X	X					
Presentación de Análisis de Resultados											X					
Aprobación de la Tesis												X	X			
Sustentación de la Tesis														X	X	

10. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

10.1. RECURSOS Y COSTO.

10.1.2. RECURSOS HUMANOS:

- ✓ **Proponente del Proyecto:** Rommel Santiago Ordoñez Díaz
- ✓ **Director de Tesis:** Por designarse

10.1.3 RECURSOS MATERIALES

Entre los recursos materiales utilizaré:

- ✓ Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cds, Memory flash
- ✓ Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, calculadora.
- ✓ Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, Servicio de Internet.

DETALLE COSTO EN DÓLARES

Material de escritorio	\$200,00
Material bibliográfico	\$100,00
Fotocopias	\$100,00
Reproducción y empastado de tesis	\$200,00
Imprevistos	\$100,00
Internet	\$60,00
Movilización	\$100,00
TOTAL:	\$860,00

La presente investigación asume la cantidad de OCHOCIENTOS SESENTA DOLARES AMERICANOS CON 00/100 (860.00) el mismo que se financiará exclusivamente con recursos propios del postulante.

11. BIBLIOGRAFÍA.

- AGUILAR CUENCA José Manuel, S.A.P Síndrome de alienación parental –Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro, Tomo I.- Editorial Almuzara, 2da.edición, 2005 Barcelona- España.
- AGUILAR José María.- “Con mamá y con papá”. Tomo II.- Edición.- Almuzara, 2008.- Córdoba - España.
- Beatriz Salvar.- Los niños no se Divorcian. Estudio psicológico: cómo preservar a los hijos antes, durante y después el divorcio. Buenos Aires: Beas, 1993.
- Código Civil.
- Código de la Niñez y Adolescencia. / Corporaciones de estudios y publicaciones, Quito – Julio.- 2012.
- Código de Procedimiento Civil.
- Constitución de la República del Ecuador., Corporaciones de Estudios y Publicaciones Quito 2008.
- Diccionario Jurídico Elemental, Cabanellas Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 1999..
- FERRARI J.L.- “Ser padres en el tercer milenio”. Tomo I.- Ediciones del Canto Rodado 1999.- Mendoza, Argentina.
- FERRARI J.L.- MARTÍNEZ Zicavo.- Padres separados, cómo criar juntos a sus hijos.- Tomo III. Edición Trillas, México- México.
- FERRARI J.L.- Padre amado o deseado, la nueva relación entre padres e hijos.- Tomo II.- Edición 2010.- Trillas.- México- México.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Tomo I.- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178
- http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=145.www.google.com
- KRIKORIAN Marcelo.- Comentario acerca de la custodia compartida, Tomo I.- Edición Merchán – Argentina.

- LLORENTE Rodrigo.- El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta.- Tomo I.- Ediciones Revista de Derecho de Familia. Nº 33, Lex Nova.- 2006.- Madrid- España.
- MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS María.- Reflexiones en torno a la custodia compartida de los hijos.- La custodia compartida y las reformas de 2004. Tomo I, Edición Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXXIX, Nº 116, mayo-agosto 2006. pp. 526.
- Pérez Miguel Ángel .- Custodia compartida entre los padres .Tomo I.- Edición .- Centoesperi.- 2010. Lima-Perú.
- TRUCCO Julio.- Los hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida”, Tomo II.- Ediciones B (Barcelona).- 2009 Barcelona- España.
- ZICAVO Néstor.- Crianza Compartida, Síndrome de Alienación Parental y Padrectomía.- Tomo II.- Edición Trillas 2010 México.

11.2. FORMATO DE ENCUESTA.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA

Con el propósito de desarrollar mi Tesis de Grado estoy efectuando una investigación jurídica, razón por la cual me dirijo a usted, y solicito su criterio sobre la siguiente temática **“REFORMA AL LIBRO II, TÍTULO III, DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SOBRE LA SITUACIÓN DE TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD POR CAUSA DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PADRES”**.

Marque con una (x) lo que considere pertinente.

Primera pregunta ¿Cree usted, que en el Código de la Niñez y adolescencia se protege los derechos de los niños niñas y adolescentes?

SI () NO ()

¿Por qué?
.....

Segunda pregunta. ¿Considera usted que La Constitución de la República del Ecuador garantiza a todos los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación?

SI () NO ()

¿Por qué?
.....

Tercera Pregunta. ¿Cree Usted que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil en los casos de divorcio, permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....

Cuarta Pregunta ¿Considera usted que la separación o el divorcio de los padres crea en los hijos “conflicto de lealtades” genera una presión para asumir una lealtad frente a un progenitor en detrimento del otro?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....

Quinta Pregunta. ¿Cree usted, necesario reformar el Código de la Niñez y Adolescencia permitiendo una responsabilidad compartida porque eso vincula las consideraciones económicas, familiares y sociales, por cuanto esto evitaría que perjudique la relación con el otro progenitor y los abuelos, padres de éste último progenitor?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. Abstract.....	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	6
5. MATERIALES Y MÉTODOS	64
6. RESULTADOS.....	67
7. DISCUSIÓN	75
8. CONCLUSIONES	82
9. RECOMENDACIONES.....	84
9.1. Propuesta de Reforma.....	86
10. BIBLIOGRAFÍA	91
11. ANEXOS.....	96
ÍNDICE.....	124