

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

Título:

”Necesidad de Reformar el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar al desarrollo integral de su personalidad en un marco de equidad y libertad”

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL
TITULO DE ABOGADO.

AUTOR:

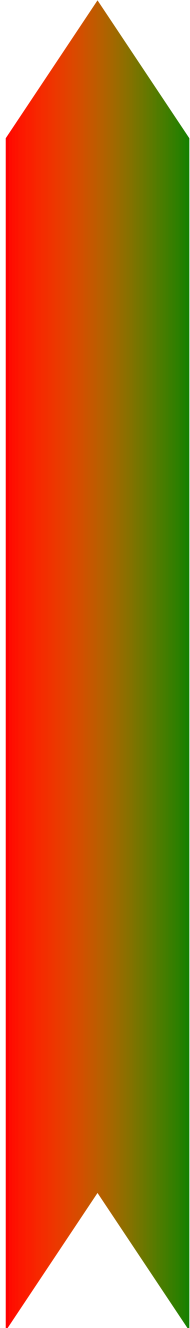
Ramón Patricio Martínez Martínez.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Luis Vinicio Ortega Gonzaga Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2013



AUTORIZACIÓN

DOCTOR. VINICIO ORTEGA

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que la presente tesis titulada **"Necesidad de reformar el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar al desarrollo integral de la personalidad en un marco de equidad y libertad,"** elaborada por el Sr. **RAMÓN PATRICIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ**, ha sido desarrollada bajo mi guía y dirección, siendo sometida a un cuidadoso proceso de edición, cumpliendo con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos por la normativa universitaria. Por lo tanto autorizo a el postulante para que proceda a presentar su trabajo investigativo ante el tribunal de grado correspondiente.



Loja, Junio 2013

Dr. Luis Vinicio Ortega Gonzaga.

DIRECTOR DE TESIS.

AUTORÍA

Yo Ramón Patricio Martínez Martínez declaro ser autor(a) 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 nuestra tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: Ramón Patricio Martínez Martínez

FIRMA: 

CÉDULA: 1103207880

FECHA: Loja, Junio de 2013

DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a Dios quien con su bendición ha permitido que siga en este mundo, pero sobre todo se la dedico a mis padres, a mi esposa y a mis hijos, quienes han sido el pilar fundamental para hacer de mi un hombre de bien, por brindarme su apoyo incondicional en toda mi vida, y por ser el motivo y la razón de mi existencia y de mis logros profesionales.

Ramón Patricio Martínez Martínez

AGRADECIMIENTO

Al finalizar el presente proyecto de tesis, expreso mis más sinceros agradecimientos a las Autoridades y Docentes de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, por la formación académica y profesional recibida en las aulas universitarias.

De manera especial al Dr. Vinicio Ortega. Director de tesis quien con su orientación y ayuda desinteresada contribuyo con el desarrollo del presente proyecto y al cumplimiento y satisfacción de los objetivos planteados.

El Autor

1. TITULO

Necesidad de reformar el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar al desarrollo integral de su personalidad en un marco de equidad y libertad.

2. RESUMEN

La tenencia no es un derecho patrimonial, pero es un derecho que uno de los padres puede ceder a favor del otro, solamente en los casos que establece la ley.

La tenencia es una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho o de derecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos y además establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia.

El interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño

En lo que concierne al Derecho de Familia, la modificación legislativa a investigar e implementar en la legislación como es la Tenencia Compartida, en mi opinión, una de las más importantes en esta especialidad. El porqué de su idoneidad y de su necesidad, pero antes, es preciso señalar que se trata de un cambio de paradigma, de tránsito de la resistencia al viraje y del conservadurismo a ultranza, para dar paso a nuevas y modernas tendencias en el Derecho, plasmando en la norma positiva un aspecto que de manera categórica, suma o adiciona, a lo que

ya teníamos en nuestro Código de los Niños, tan simple como esto: dos es más que uno. Un hijo que es creado entre dos, debe ser educado entre dos.

Al mismo tiempo enterado del problema que causa la tenencia única del niño, niña y adolescente y que afecta directamente al desarrollo integral del niño (a) y adolescente; y sobre todo a sus derechos. El Estado ha creado cuerpos legales con el fin de precautelar los derechos del niño , niña y adolescente tales como: la Constitución de la Republica, El Código de la Niñez y Adolescencia y demás leyes conexas; así mismo ha creado instituciones de carácter público como es el Ministerio de Inclusión Social y Económica, La Junta Cantonal del Niñez y Juzgados de la Niñez cuyo objetivo es garantizar los derechos del niño, niña y adolescente , ya que el menor es el presente de nuestra patria y las personas quienes manejan el desarrollo de un país. Es así que las autoridades no cumplen a cabalidad con las funciones encomendadas en cuidar y proteger los derechos del menor sobre todo que las sanciones establecidas no son lo suficiente estrictas como para frenar este tipo de acciones e infracciones a los derechos de los niños.

Por ello es necesario que en nuestra legislación exista la tenencia compartida del menor, para de esa manera garantizar en forma general los derechos del niño, niña y adolescente y hacer cumplir a cabalidad las obligaciones y derechos de los padres.

ABSTRACT

The holding is not a patrimonial right, but it is a right that one of the parents can give in favor of the other one, only in the cases that it establishes the law. The holding is a family institution that is instituted when the parents are separated in fact or of right, with the purpose of settling down with the one who the children stay and also to establish the régime of visits for the father that didn't obtain the holding. The boy's superior interest represents its recognition like person, the acceptance of its necessities and the defense of the rights of who cannot exercise them for itself. This means that it will be in their interest all action or measure that it spreads to respect in an effective way their rights. This guideline completes a function proofreader and integrative of the legal norms, being constituted in rule of decision before a conflict of interests and in approach for the institutional intervention dedicated to protect the boy

Diverse studies, like we will see, they have demonstrated that the deforestation of the forests is at the present time one of the biggest problems that goes bound to the decrease of the water as well as to the destruction of the medioambiente.

Concerning the Right of Family, the legislative modification to investigate and to implement in the legislation like it is the Shared Holding, it is in my opinion, one of the most important in this specialty. The reason of their suitability and of their necessity, but before, it is necessary to point out that it is a paradigm change, of traffic of the resistance to the viraje and of the conservatism to ultranza, to open the way to new and modern tendencies in the Right, capturing in the positive norm

an aspect that in a categorical way, it adds or it adds, to what we had already in our Code of the Children, as simple as this: two are more than one. A son that is created between two, should be educated between two.

At the same informed time of the problem that causes the unique holding to the minor and that it affects directly to the minor integral development and mainly to their rights. The State had created legal bodies with the purpose of precautelar the such minor rights as: the Constitution of the Republic, The Code of the Childhood and Adolescence and other related laws; likewise it has created institutions of character I publish like it is the Ministry of social and economic Inclusion, The Cantonal Meeting of the Childhood and Tribunals of the Childhood whose objective is to take care of the rights of the children and adolecentes since the minor he/she is the present of our homeland and people who managed the development of a country.

From my point of view I believe that the authorities don't fulfill to cabalidad the functions commended in to take care and to protect the rights of the smallest overalls that the established sanctions are not enough strict as to brake this type of actions and infractions to the rights of the children.

For it is necessary that in our legislation the minor shared holding exists, for in that way to guarantee in general form the minor rights and to make complete to cabalidad the obligations and the parents' rights.

3. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador ha tenido una serie de cambios en el transcurso de la historia pero el cambio más significativo, es sobre los derechos del niño , niña y adolescente, en el cual expresa que 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.

De la misma manera el Código de la Niñez y Adolescencia, ha sido creado con el propósito de precautelar y proteger los derechos de los niños , niña y adolescente, sin embargo a pesar de existir esta ley se presentan innumerables irregularidades que van en perjuicio del desarrollo del menor. Es por esta razón que la presente investigación jurídica pretende demostrar la necesidad de reformar la tenencia única e implementar la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana; para lo cual se encuentra estructurada de la siguiente manera: Resumen en Castellano y Traducido al Inglés; Introducción; Revisión de Literatura: Marco Conceptual.- Estructurado de la siguiente manera: Conceptos de Tenencia única , Principio del Interés Superior de Niño, Tipos de Tenencia , Variaciones de la Tenencia ,

Deberes y facultades de los padres, Tenencia Compartida; Marco Jurídico: en el cual se analiza la Constitución de la República del Ecuador, El Código de la Niñez y Adolescencia, la respectiva legislación comparada, entre otros; Marco Doctrinario: Antecedentes del derecho de Familia, Naturaleza Jurídica, Características, Principios del Derecho de Familia, Fuentes del Derecho de Familia, Derechos de las Niñas , Niños y Adolescentes, Responsabilidad Parental Compartida.

La metodología utilizada en la presente investigación; son los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica me permitió utilizar para descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos; es por ello que en el desarrollo de la tesis me apoye en el método científico, como el método general del conocimiento así mismo en los diferentes métodos los cuales son: Método Inductivo y Deductivo, Materialista Histórico y Descriptivo.

Además constan los resultados obtenidos a través de las encuestas y entrevistas, propios de la investigación de campo, los que han sido sometidos al análisis e interpretación sobre la presente temática.

En la discusión, se procede a verificar, contrastar y comparar los objetivos e hipótesis propuesta en el proyecto de tesis, la que se ha centrado también en la fundamentación jurídica para plantear las reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.

Finalmente se pone a consideración de las autoridades académicas y de la comunidad en general las conclusiones, recomendaciones, y la propuesta de reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia.

4. REVISION DE LITERATURA

MARCO CONCEPTUAL.

TENENCIA.

ALBAN ESCOBRA Fernando,-El Derecho de la Niñez y Adolescencia, nos da un concepto de tenencia “desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo por extensión señala el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés”¹. Actualmente los jueces consideran que la tenencia es un derecho específico de los padres únicamente.

La tenencia no es un derecho patrimonial, pero es un derecho que uno de los padres puede ceder a favor del otro, solamente en los casos que establece la ley. La tenencia es una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho o de derecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos y además establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia y de esta forma garantizar el derecho de los hijos a convivir con los padres.

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 mas favorables al menor y en busca de bienestar

¹ALBAN ESCOBRA Fernando.- El Derecho de la Niñez Y Adolescencia, Edición 2010.- Ecuador – Quito, Pagina 45.

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.

Diferencia con la Tutela.

La tenencia se aplica solo a los padres, la tutela es la institución que protege al menor en la ausencia de los padres y se concede a los abuelos u otros familiares.

Diferencia con la Patria Potestad.

BONED Germán.- Custodia compartida del menor.- “La Patria Potestad es el derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable o como ya hemos escrito, es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre cada hijo menor de edad.

Solo se puede suspender por hechos muy graves y debidamente acreditados en un proceso judicial como por ejemplo Incumplir con los alimentos, o dar malos ejemplos entre otros”².

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 o también como control físico de los padres sobre sus hijos; 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.

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

SALVAR Beatriz.- Estudio Psicológico.- “La obligatoriedad de la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, como un punto de referencia, un norte hacia donde deben dirigirse las decisiones judiciales en esta materia.

El concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales,

²BONED Germán.- Custodia compartida del menor.- Tomo II.- Edición centralita virtual.- 2009.- Buenos Aires – Argentina.

constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.”³

AGUILAR CUENCA José Manuel.- S.A.P Síndrome de alienación parental – Hijos.- indica que “El Síndrome de la Alienación Parental fue definido por Richard Gardner (Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia) en 1985, como un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda o custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña.”⁴

TIPOS DE TENENCIA

KRIKORIAN Marcelo.- Comentario acerca de la custodia compartida, Manifiesta que La doctrina ha determinado la existencia de tres tipos de tenencia que son:

- a) La Tenencia Unipersonal.
- b) La Tenencia Compartida.
- c) La Tenencia Negativa.

³SALVAR Beatriz.- Los niños no se divorcian. Estudio psicológico: cómo preservar a los hijos antes, durante y después el divorcio. Buenos Aires: Beas, 1993.

⁴AGUILAR 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.

“La Tenencia Unipersonal.- Se dice que hay tenencia unipersonal cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo de hecho a su cuidado.

La Tenencia Compartida.- En este tipo de tenencia corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se deben tomar en cuenta, como por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su madre.

La Tenencia Negativa.- Es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad. La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él”⁵.

Tenencia por mutuo acuerdo.

Cuando se determina la tenencia del menor por acuerdo de ambos padres y no se llega a recurrir a ningún tercero.

Tenencia de facto.

Tipos de tenencia una de hecho por mutuo acuerdo y otra de facto es decir por decisión unilateral. Los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresamente o tácitamente. Se puede decir que es expresa cuando el padre

⁵KRIKORIAN Marcelo.- Comentario acerca de la custodia compartida, Tomo I.- Edición Merchán – Argentina.

expresa su voluntad de dejar al menor, es tácita cuando los actos del otro padre indican que no quiere tener al menor.

Tenencia Definitiva

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia manifiesta que “Aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o de un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada.

Los Centros de Conciliación Especializados en Familia tienen facultades de entregar Actas de Conciliación con autoridad de Cosa Juzgada.

Sin embargo, las actas de conciliación que se lleven a cabo en esas defensorías, sirven de prueba para juicios posteriores. Si se hubiere acordado la tenencia en un Acta de Conciliación sin autoridad de cosa juzgada, también deberá cumplirse. Pero en caso de que no se cumpla en lugar de demandarse variación de tenencia, o modificación de tenencia, el padre que no tiene la tenencia demandará Tenencia como si no hubiese existido proceso judicial”⁶.

Si un padre tiene la tenencia por una resolución judicial del Juzgado Especializado de Familia, sólo otra resolución judicial se la puede quitar.

Si un padre tiene la tenencia por un Acta de Conciliación de un Centro de Conciliación, cuya acta tenga autoridad de cosa juzgada. Quien no obtuvo la tenencia en caso de querer variarla o modificarla posteriormente deberá recurrir al

⁶GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Tomo I.- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178

Juzgado Especializado a fin de solicitar la variación o modificación según sea el caso.

Tenencia Provisional.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia.-. “La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años.

El que tiene la custodia de hecho no puede solicitar la tenencia provisional, pero puede recurrir inmediatamente a solicitar la tenencia a fin de que se le reconozca el derecho.

La ley prevé que quien no tiene la custodia, tiene el derecho de solicitar la tenencia provisional para salvar la integridad del menor, entonces el Juez deberá ordenar dentro de las 24 horas la entrega del menor”⁷r.

Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro padre, éste debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial.

Sin embargo quien tiene la custodia del menor no puede solicitar la tenencia provisional porque la tiene de hecho, y puede solicitarla en el juzgado, con las garantías correspondientes.

⁷GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Tomo I.- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 179.

Se dice que esta facultad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho a la igualdad ante la ley, ya que deberían ser ambos los padres quienes puedan acceder a solicitar una tenencia provisional (El que tiene y el que no tiene la custodia). Pero los jueces podrían ejercer el control difuso, prefiriendo la norma constitucional Sin embargo señala también que antes de preferir que los jueces prefieran la constitución por ser poco dados a practicar el control difuso, es mejor modificar la norma.

PRESUPUESTOS FACTICOS PARA SOLICITAR LA TENENCIA.

- 1- Que exista una separación de hecho los padres
- 2.- Que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.
- 3.- Que existiendo acuerdo este sea perjudicial para el niño o adolescente.
- 4.- Que el Juez tome en cuenta el parecer del niño o adolescente.

LA VARIACIÓN DE LA TENENCIA.

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.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al menor ha fortalecido el grado de amor y dependencia del menor. Por esta razón la doctrina 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, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, pero sólo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia.

Variación de la Tenencia por Incumplimiento del Régimen de Visita.

PÉREZ CONTRERAS María Montserrat.- Reflexiones en torno a la custodia compartida de los hijos.- “La custodia compartida y las reformas de Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva. El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente

El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso. El padre o madre a quien se le imposibilite de visitar a sus hijos incumpléndose indebidamente una resolución judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la tenencia, en cuyo caso el otro padre perderá la tenencia por no cumplir debidamente el Acta de Conciliación Judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del Proceso de Divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso”⁸.

PÉREZ Miguel Ángel.- Custodia compartida entre los padres .- “El criterio normativo que debe regir a los jueces, abogados, trabajadores sociales y demás funcionarios es el bienestar y mejores intereses del(la) menor a la luz de los siguientes criterios:

A. Características del (la) menor:

1. preferencia del (la) menor
2. sexo
3. edad
4. salud física y mental

⁸PÉREZ CONTRERAS Montserrat 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, N° 116, mayo-agosto 2006. pp. 526.

B. Características de las partes que ostentan la custodia

1. cariño que puede brindar
2. salud psíquica

C. Satisfacción de Necesidades

1. habilidad para satisfacer necesidades afectivas
2. habilidad para satisfacer necesidades morales
3. habilidad para satisfacer necesidades económicas

D. Ajuste del (la) menor

1. en el hogar
2. en la escuela
3. en la comunidad

E. Relaciones Familiares

1. capacidad de interrelación del menor con las partes
2. capacidad de interrelación del menor con los (las) hermanos(as)
3. capacidad de interrelación del menor con otros parientes.”⁹

Examinados y considerados todos los factores en relación al bienestar de los (las) menores si las madre se encuentra esencialmente en la misma posición que los

⁹PÉREZ Miguel Ángel.- Custodia compartida entre los padres .Tomo I.- Edición .- Centroespero.- 2010. Lima-Perú.

demás incluyendo al padre, en ausencia de otras circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario, el tribunal debe adjudicar la custodia a la madre.

Deberes y Facultades de los padres.

1. regir los bienes del menor.
2. representarlos legalmente.
3. educarlos
4. alimentarlos y cuidar de su salud física y mental.
5. corregirlos y castigarlos moderadamente.
6. vigilar y protegerlos de peligros físicos y morales.
7. consentir a la adopción de sus hijos menores.
8. conceder su emancipación.
9. nombrarles tutor.
10. aceptar las donaciones, herencias y legados
11. pedir nombramiento de defensor judicial.
12. reservar a los hijos de primer matrimonio la propiedad de bienes que haya adquirido de su difunto consorte por herencia, donación o título lucrativo.

DEFINICIÓN DE TENENCIA COMPARTIDA:

TRUCCO Julio.- “Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida”.- “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.

La demanda de que un padre se corresponsabilice en la crianza de sus hijos, es una petición que día a día crece en nuestra sociedad. Los padres y las madres, educados en valores democráticos de igualdad, reclaman cada vez con mayor energía una forma de custodia en la que los hijos no se vean forzados a perder una parte fundamental de sus vidas tras el divorcio. La necesidad de separar conflicto conyugal de relación parental está en la base del apoyo que los profesionales han dado a la custodia compartida.

En lo que concierne al Derecho de Familia, la modificación legislativa a comentar, es en mi opinión, una de las más importantes en esta especialidad. El porqué de su idoneidad y de su necesidad, lo desarrollaremos más adelante, pero antes, es preciso señalar que se trata de un cambio de paradigma, de tránsito de la resistencia al viraje y del conservadurismo a ultranza, para dar paso a nuevas y modernas tendencias en el Derecho, plasmando en la norma positiva un aspecto que de manera categórica, suma o adiciona, a lo que ya teníamos en nuestro Código de los Niños, tan simple como esto: dos es más que uno. Un hijo que es creado entre dos, debe ser educado entre dos.

Si se trata de decidir con quién se quedará un niño, luego de la separación de sus padres, qué mejor que asignar dicha responsabilidad a ambos, aún cuando la forma de ejercer dichos deberes, tenga, evidentemente, que cambiar y adecuarse a nuevas estrategias, sin necesidad de exponer a los niños, a que sean ellos

quienes cambien y quienes sufran los avatares de una situación que no provocaron.

La experiencia nos ha demostrado que, en un proceso de Tenencia, es frecuente su otorgamiento a la madre; más aún cuando el hijo o los hijos son pequeños. Algunos de los argumentos, pueden ser: que es aquella la persona más idónea para encargarse de la crianza de los hijos, les prodiga más ternura y protección, o tal vez porque en muchos casos, es el padre quien provee al hogar los recursos económicos necesarios para su subsistencia, debiendo para ello ausentarse para ir a su centro laboral.

Es entonces, en aras de la igualdad entre hombre y mujer, entre padre y madre, que se pretende equiparar tanto sus derechos cuanto sus deberes y responsabilidades frente a los hijos, habida cuenta que, aun cuando opten por la separación o el divorcio, estarán siempre unidos por los hijos que conjuntamente procrearon. Ahora bien, la tenencia compartida no tiene el propósito de buscar la igualdad entre padres, como un fin en sí mismo, sino que cumple con la finalidad de menguar al máximo, el dolor y sufrimiento que causa en los hijos, la fractura familiar; es decir, descansa sobre el principio del interés superior del niño”¹⁰.

No obstante, podemos citar posiciones que sostienen que la tenencia compartida, es un híbrido, una situación tal, que deja al hijo o hijos, sin un hogar fijo, o que los cosifica, sin tener presente que los niños necesitan de un lugar estable donde vivir

¹⁰TRUCCO Julio.- Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida", Tomo II.- Ediciones B (Barcelona).- 2009 Barcelona- España.

y desarrollarse y, a su vez, de un código coherente bajo el cual desenvolverse; vale decir, reglas claras y uniformes que los guíen y conduzcan.

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.

VENTAJAS QUE POSEE EL RÉGIMEN DE LA TENENCIA COMPARTIDA.

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; etcétera

DIFERENCIA ENTRE CUSTODIA CONJUNTA Y ÚNICA.

Según CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.- en su obra Derecho Familiar – “El término curatela se utiliza en lugar de la palabra custodia. En la paternidad compartida,

ambos padres comparten la toma de decisiones respecto del niño. Se supone que la custodia conjunta salvaguarda los mejores intereses del niño. Por lo general, las situaciones de custodia única se limitan a situaciones que implican violencia entre las partes u otras circunstancias que hacen que la toma de decisiones en forma conjunta sea inviable. La custodia conjunta no elimina las obligaciones de manutención del menor ni afecta considerablemente los programas de visitas. Los curadores primarios determinan dónde vivirá principalmente el niño, aunque, por lo general, esto se limita al área geográfica o al distrito escolar. Ambos padres conservan el derecho a asistir a los actos escolares, reunirse con los maestros y médicos y a ser contactados en caso de emergencia”¹¹.

Debido a que los arreglos de custodia de menores pueden resultar difíciles. El juzgado puede imponer un arreglo de algún tipo, si ambas partes no pueden acordar un programa. Es común alternar las semanas y los meses para el régimen de visitas o, de lo contrario, reservar los fines de semana para el otro padre. Sin embargo, también se debe considerar como se siente el niño al llevarlo de un lado a otro. Por lo que puede causar daño psicológico al niño, niña o adolescente. En la mayoría de los casos, los arreglos se hacen amigablemente debido a que ambos padres se preocupan por su hijo. Por lo que ambas partes tomen nota de los gastos en relación al niño, en caso de que existan discrepancias en el futuro.

¹¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar, novena Edición actualizada, Gaceta Judicial. Lima – 1998.- pág.98.

MARCO JURÍDICO.

LEGISLACIÓN INTERNA.

Constitución de la República del Ecuador.

Sección Quinta

Niñas, Niños y Adolescentes.

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”¹². Al respecto es necesario manifestar que el desarrollo integral es importante en el niño, niña y adolescente ya que mediante esto pueden tener un desarrollo de su personalidad, por lo que el desarrollo integral comprende desde la etapa del nacimiento hasta su maduración como persona donde se alcanza la preparación física y su intelecto como persona.

¹²Constitución de la Republica del Ecuador. Ediciones Corporación de estudios y publicaciones, Quito- Ecuador, 2008, Pág. 30.

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 garantizará 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; 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 acerca de sus progenitores o familiares ausentes , salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”¹³

La norma escrita expone que el niño, niña y adolescente tienen los mismo derechos que otras personas , con el cuidado integral físico y psíquica es decir que el estado protegerá al menor del maltrato de sus padres y mala influencia de los mismos , es necesario manifestar que el menor en su crecimiento debe tener un desarrollo integral completo para que de esa manera pueda colaborar en el crecimiento de la sociedad principalmente en ámbito laboral para que se involucre en la sociedad económicamente activa.

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: en su numeral 1.- “manifiesta que se promoverá la maternidad y paternidad responsable estarán obligados al cuidado , crianza, educación , alimentación ,

¹³ Constitución de la Republica; Obra Citada; Pág. 30.

desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos , en particular cuando se encuentran separados de ellos por cualquier motivo. De la misma manera el 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.”¹⁴

Este artículo menciona que tanto el padre como la madre están obligados al cuidado del niño, niña y adolescente en sus diferentes ámbitos es decir como la educación, la alimentación, el desarrollo integral, etc. El Estado a los progenitores les califica de manera directa como los principales protectores y cuidadores del menor, así mismo los progenitores deben de cumplir con sus obligaciones y derechos con forma recíproca es decir que los dos deben de velar por su hijo , por la misma razón es importante recalcar que para el cumplimiento de los deberes y derechos de los padres cuando estén es el estado de divorcio, debe darse la tenencia compartida del menor ,para que de esa manera no descuiden el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Código de la Niñez y Adolescencia.

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 adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre la

¹⁴ Constitución de la Republica; Obra Citada; Pág. 45.

responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”.¹⁵

Analizando este artículo puedo decir que la familia también es el núcleo de la sociedad y que está compuesta por su padre y su madre, ambos tienen la responsabilidad compartida en el niño, niña y adolescente, en la aplicación de sus obligaciones como progenitores y el cuidado íntegro del mismo.

Art. 118.- Procedencia.-¹⁶ “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargara su tenencia en las siguientes 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 convivencia señalada en el inciso anterior.”

En el mencionado artículo la tenencia del menor, la cual es concedida por un juez especializado en el derecho de familia, a uno de los progenitores que puede ser el padre o la madre, pero en la mayoría de los casos siempre es otorgado a la madre con el fin de que tenga el menor un cuidado y un desarrollo integral. Donde el niño, niña y adolescente pierde el contacto directo con uno de los padres, en ciertos casos es con el padre, el cual tiene un régimen de visitas, y pasar una

¹⁵ Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones Corporación de estudios y publicaciones, Quito- Ecuador, 2008, Pág. 30.

¹⁶ Ibídem; Pág.45.

mensualidad que le han establecido para el niño, pero eso afecta por lo que el papa a lo futuro va ser visto como un sujeto pasivo en la crianza del menor.

De esta manera doy a conocer los diferentes artículos que están estipulados en las normas pertinentes, para hacer conocer los mandatos constitucionales y del código de la niñez y adolescencia.

Análisis del Código Civil con referencia al Código de la Niñez y Adolescencia y el Código de Procedimiento Civil.

Para la implementación de la tenencia compartida es necesario estudiar diferentes artículos, de los Códigos que mencionan sobre la tramitación del cuidado y la patria potestad del niño, niña y adolescente, es el caso del Código Civil en su Art. 108 que indica que 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 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:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el niño, niña y adolescente se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en

un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia. Así mismo el cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez y la sentencia en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo. El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común. Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos. El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda. De la misma manera el Art. 115 del mismo cuerpo legal indica que para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad,

estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. 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, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación. Así mismo el Art. 453 del mencionado código expone que en lo tocante a la crianza y educación del pupilo está obligado el tutor a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas; sin perjuicio de ocurrir al juez cuando lo crea conveniente.

Para profundizar el análisis en referencia, es necesario estudiar el Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 105.- menciona que la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. Así mismo el Art. 283 del Código Civil conceptualiza de esta manera a la patria potestad; como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no

emancipados, se llaman hijos de familia; y los Padres, con relación a ellos, padres de familia.

Según el art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia ostenta las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. El Código de Procedimiento Civil en el art 34.- Los que se hallen bajo patria potestad será representado por el padre o la madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les dé para el pleito. El hijo menor de edad será representado por el padre. A falta por cualquier motivo de éste, le representará la madre, lo mismo que cuando se trate de demanda contra el padre. De estar incurso el padre y la madre en uno de los casos anotados, será representado por su curador especial o por un curador ad- litem.

A lo referente puedo mencionar que el cuidado del niño, niña y adolescente, no está sometido con la protección del interés superior del niño, así mismo la legislación anotada, hace referencia en diversas partes de los artículos, una separación total del niño, niña y adolescente ya sea del padre o de la madre al momento de existir la disolución del vínculo matrimonial entre los conyugues, el cual es contradictorio con lo que establece la Constitución de la Republica en su Art. 45 que manifiesta que las niñas , niños y adolescentes tienen derecho a la disfrutar de la convivencia familiar , así misma la doctrina manifiesta que son los

padres los que se separan mas no los hijos , por ello es necesario la implementación de la Tenencia Compartida del niño , niña y adolescente , para de esta forma , amparar su desarrollo.

ANÁLISIS COMPARATIVO CON LEGISLACIÓN EXTERNA.

Legislación de Perú.

Código de la Niñez y Adolescencia de Perú manifiesta lo siguiente

Artículo 81.- “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.¹⁷

Dentro de este enfoque socio cultural, se vierte una situación de particular vulnerabilidad de la mujer como cabeza de una familia monoparental: por un lado, la de ser la proveedora económica de dicho núcleo; por otro, la de ser la organizadora de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos. De allí la necesidad de encontrar un trato igualitario de goce de los derechos en igualdad de condiciones para varón y mujer, con acceso proporcional mutuo al cuidado directo de los hijos, en un criterio de alternancia en el cuidado de aquellos, que no es sino, la tenencia compartida.

¹⁷Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones Lima – Perú, Quito- Ecuador, 2008, Pág. 78.

Artículo 84.- “En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.¹⁸

Este artículo se basa en las posibles disputas y controversias que existen cuando, después de separada la pareja, quien ostenta la tenencia (de hecho) de los hijos, impide sistemáticamente al otro progenitor a mantener contacto con aquéllos, como una especie de castigo consiente, o por simple desidia e ignorancia, perjudicando el normal desarrollo de los niños o adolescentes involucrados, quienes tienen derecho a continuar en contacto con ambos progenitores, aún después de la separación.

Legislación de Argentina.

El Código Civil indica lo siguiente:

Art. 206. “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.”¹⁹

¹⁸Código de la Niñez y Adolescencia Ediciones Lima – Perú, Quito- Ecuador, 2008, Pág. 79.

¹⁹Código Civil; Ediciones Heliasta – Buenos Aires – Argentina, 2011, Pág. 48.

A falta de acuerdo de los cónyuges, los hijos menores estarán a cargo de ambos padres, en tanto no medie fallo judicial adverso contra uno de ellos, de acuerdo con lo previsto por la legislación vigente.

En todos los casos, se tendrá primordialmente en cuenta el interés superior del niño, y se garantizará su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza, en los términos de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niño y adolescente.

Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Art. 206.1 .A pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez deberá otorgar la “responsabilidad parental compartida” de los hijos, a ambos progenitores. Este criterio será extendido a los efectos del otorgamiento de la guarda provisoria a que se refiere el art. 231. Se tendrá primordialmente en cuenta el interés superior del niño, y se garantizará su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza, en los términos de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, niño y adolescente.

La “responsabilidad parental compartida” importará el ejercicio compartido de la patria potestad.

El juez deberá, de oficio o a pedido de parte, en caso de falta de acuerdo de los cónyuges, establecer la forma en que se pondrá en práctica esta medida.

Art. 206.2 Para todos los efectos previstos en este Código y en especial en los Art. 206 y 206 bis, el Juez deberá siempre tener en cuenta el superior interés del niño, y garantizar su derecho a ser oído y a designar un abogado de confianza. Se considerará como de interés primordial del niño el mantener el debido contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario.

A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la convivencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño a mantener el debido contacto con el otro progenitor.

Art. 264 numeral.- 2. “En los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre y a la madre conjuntamente, sin perjuicio de los deberes y derechos que corresponda a alguno de ellos en particular como consecuencia del ejercicio efectivo de “responsabilidad parental compartida”, aun cuando conviva con uno de ellos.

Art. 264. Numeral 5. En los casos de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, al padre y a la madre, con observancia de lo dispuesto en el inc. 2.

Artículo 271. “En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho, o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante conviva con uno de ellos”.²⁰

²⁰Código Civil; Ediciones Heliasta – Buenos Aires – Argentina, 2011, Pág. 50.

Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niño y Adolescente.

Artículo 1.- “Tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces”.²¹

El artículo 2.- “Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e transigibles.

El artículo 3.- “Entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

²¹ Ley protectora integral de derechos de niñas , niño y adolescente-; Ediciones Heliasta – Buenos Aires – Argentina, 2011, Pág. 7.

- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”²²

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Es importante resaltar el párrafo final de este artículo que sostiene que “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Esto es, primero está el derecho de los niños. Y uno de sus derechos principales es tener garantizado el debido contacto con ambos padres en caso de que estos no convivan en el mismo hogar.

Es así, además, que la ley, en su artículo 5, les da a los organismos del Estado la

²²Ley protectora integral de derechos de niñas, niño y adolescente-; Obra citada, Pág. 7.

responsabilidad “indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

1. - Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
2. - Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
3. - Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
4. - Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen
5. - Preferencia de atención en los servicios esenciales.”

Es en este sentido que debemos adaptar el Código Civil en lo que hace al derecho de los hijos, en lo concerniente a sus derechos, para evitar contradicciones legales y que les permitan el ejercicio pleno de sus derechos. Esto es, garantizar el

derecho a tener contacto con sus padres, para permitir el efectivo cumplimiento del artículo 7 de dicha ley que dispone:

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

Cuando un niño ve obstruido su derecho a tener contacto con uno de sus padres se violan los más elementales derechos del mismo que la ley 26.061 protege como el derecho a la dignidad y a la integridad personal (artículo 9) que dispone que:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual,

psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

De esta manera estoy dando a conocer la legislación de la República de Argentina donde protege al niño, niña y adolescente, y es considerado con un sujeto de derechos, los cuales son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

MARCO DOCTRINARIO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, manifiesta “En Roma la familia estaba organizada bajo la autoridad patriarcal, de donde resulta el papel preponderante del paterfamilias, y que la mujer (mater) tuviera un lugar secundario.

El pater tenía señorío en su casa, es decir, es el titular del patrimonio con capacidad de actuar y están bajo su potestad, la esposa, hijos y todas las personas que el pater recibía en su familia como hijos o nietos.²³

El pleno goce de la capacidad jurídica concurría únicamente en el pater familias. Sin embargo, la asociación familiar en que se basaban sus atributos sufrió hondas alteraciones en el transcurso del tiempo.

²³Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955.

Así pues, la familia se constituía mediante el matrimonio, el cual en el derecho romano se da de manera distinta, ya sea formal o informal; lo cierto es que es esta figura la que da origen a la familia.

Ahora bien, para que el matrimonio se llevara a cabo, debía cumplir con una serie de requisitos, mismos que al no faltar ninguno de ellos, se configuraba de manera favorable, dando paso a la creación de la familia.

“En el Derecho Romano surgió la figura de la patria potestad, hecha valer como en todos los casos, principalmente por el paterfamilias sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños adrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.

Asimismo existía una autoridad que veleja por los intereses del ciudadano, pero en este caso, el carácter principal de esta autoridad es que tenía menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de familia.”²⁴

La potestad otorgaba al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, mismos que ejercía al mismo tiempo sobre la persona y los bienes de los hijos.

En los primeros siglos el jefe de familia es un verdadero magistrado doméstico; rinde decisiones y ejecuta sobre sus hijos las penas.

CONCEPTO.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.- Derecho Familiar.- indica que el “El Derecho de

²⁴.GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Tomo I.- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178.

familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros”.²⁵

NATURALEZA DEL DERECHO DE FAMILIA.

El Derecho de Familia es un derecho sumamente joven. Como fruto análisis de este tipo de derecho se ha expresado que este se vincula con el derecho de la personalidad y el derecho público. En primer lugar, se relaciona con el derecho de la persona en el sentido de que no se puede abordar el Derecho de Familia sin antes reparar el derecho que de manera individual posee cada miembro de La Familia. En tal sentido hay que aclarar que antes de ser miembro de la pareja se es cónyuge o conviviente, antes de ser padre, madre o hijo, se es primero sujeto de derecho. En segundo lugar, se relaciona con el derecho público, si se considera La Familia como el Estado y la relación entre sus ciudadanos. Sin embargo la controversia se origina cuando se cuándo se incorporan a los asuntos privados situaciones del ámbito público, esta situación no obstante, es inevitable, puesto que no sería posible destinarle un espacio exclusivamente privado a un grupo de carácter social como es el de La Familia.

PLACIDO Alex.- Manual de Derecho de Familia.- expone “De este enfoque surge la controversia de si el Derecho de Familia es una rama del derecho público o privado. De acuerdo a las consideraciones de los amantes y seguidores del antiguo derecho romano y del derecho napoleónico consienten en afirmar que el

²⁵CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, novena edición actualizada, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.

Derecho de Familia corresponde al derecho privado, otro doctrinarios de la talla de Antonio Cicu afirman "el predominio del interés solidario del grupo familiar Estado sobre el interés individual y de la detallista e imperativa reglamentación de las relaciones familiares con el Estado por consiguiente la estricta limitación de la libre voluntad de las partes."²⁶

DORA EUSEBIO GAUTREAU considera que el Derecho de Familia no es propiamente derecho público, por cuanto no regula el funcionamiento del Estado, tampoco es derecho enteramente privado, más bien consiste en un derecho independiente y autónomo de ambos.

Esta controversia aun a la fecha no recibe solución se mantiene en las consideraciones de las ideas doctrinarias, sin otorgar mayor relevancia.

CARACTERÍSTICAS.

Las características del Derecho de Familia, según el autor PLACIDO, Alex en su obra "Manual de Derecho de Familia", son las siguientes:

- Contenido moral o ético: esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones (o más propiamente deberes) fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre (una importante excepción es el derecho de alimentos).

²⁶PLACIDO, Alex.- Manual de Derecho de Familia.- Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima. Marzo 2003.

- Regula situaciones o estados personales: es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc.) que se imponen erga omnes (respecto de todos). Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares (diversas de aquellas del Derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.

- Predominio del interés social sobre el individual: esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias:

- Normas de orden público: sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos (como en el matrimonio o la adopción), pero sólo para dar origen al acto (no para establecer sus efectos).

- Reducida autonomía de la voluntad: como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad (base del Derecho civil) no rige en estas materias. En general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Un importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

- Relaciones de familia: en esta disciplina, a diferencia del Derecho civil (donde prima el principio de igualdad de partes), origina determinadas relaciones de superioridad y dependencia o derechos-deberes, especialmente entre padres e

hijos (como la patria potestad), aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos (como es el caso del matrimonio).

PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Plaños Marcel y Rupert, Georges, Derecho Civil, menciona que los Principios sobre el derecho de familia son los siguientes:

1. “Principio de la trascendencia social, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad
2. Principio de la trascendencia individual, el casarse y constituir una familia son derechos fundamentales
3. Principio de la protección, las normas deben interpretarse en protección de los menores y del cónyuge más débil
4. Principio de la perseverancia o continuidad de la vida en común, jueces deben indagar en el ánimo de mantener el matrimonio, deben proponer bases de composición.
5. Principio de la continuidad del ejercicio de los derechos y deberes de la filiación
6. Principio de la solución integral, puesto un tema de familia en debate, debe buscarse solución a todos los otros temas asociados.
7. Principio de la concentración, los problemas de familia se discuten y resuelven en el mismo procedimiento

8. Principio del control jurisdiccional de los acuerdos de los cónyuges
9. Principio de los acuerdos completos y eficientes
10. Principio de la degradación paulatina de la relación matrimonial.”²⁷

FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA.

Las fuentes del derecho común de las que se desprende el Derecho de Familia son las siguientes:

1. El matrimonio y la unión libre de hecho o consensual de pareja;
2. Instituciones económicas o patrimoniales en las que se puede citar los regímenes matrimoniales, la administración de la comunidad de bienes, la partición de bienes de la comunidad y la vocación sucesor por causa d muerte;
3. Instituciones que disuelven la organización familiar, tales como la separación conyugal, la nulidad de matrimonio y el divorcio;
4. Las parentelas, entere ellas la filiación, la legitimación y la adopción
5. Actuaciones derivadas de la parentela, entre ellas tenemos la filiación, la legitimación y la adopción;
6. Las instituciones protectoras de la persona natural o física, como lo es la guarda o tutela y la cúratela.

²⁷PLAÑÍOS Marcel y RUPERT, Georges, Derecho Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México,1996.

LA FAMILIA.- HISTORIA.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; Famá, María Victoria; y, Herrera, Marisa; Derecho Constitucional de Familia.- “ El simple hecho natural de nacer, hace de La Familia una necesidad ineludible, debido al estado de desnudez, y debilidad; imponiendo a sus padres para con su hijo, obligaciones que forman el sólido fundamento de La Familia. De esto se desprende que La Familia, es el grupo de personas más esencial, cuya importancia social radica en ser el núcleo irreducible de toda sociedad o conglomeraciones de hombres, y la sociedad vale lo que ella vale. Cuando existen en ella elementos que la alteran o la disuelven, todo el resto se derrumba.

En la antigüedad, La Familia está constituida por lo que podríamos llamar pequeñas tribus, ya que estaban unidas entre sí, en todo lo material, quedando de esta forma unidos los lapsos de parentesco; dependiendo todos de un mismo autor vivo; el ancestro común los unía bajo su potestad, a su muerte La Familia se dividía en varias ramas cuyos respectivos jefes eran los hijos mayores del difunto

Establecidas las diferentes concepciones y consideraciones sobre la familia, es propicio orientar nuestro enfoque hacia lo que se considera el tema central objeto de investigación el Derecho de Familia.

Existen tendencias a creer que La Familia no es una institución jurídica, pero entre sus miembros nacen obligaciones y derechos, que están regulados por el Derecho; pues bien, manteniendo sin confusiones ni concesiones indebidas el modelo de La Familia, querido por Dios, como institución natural, nos alejamos de

una visión superficial y precipitada que concibe el matrimonio y La Familia como mero fruto de la voluntad humana, producto de consensos cambiantes.

Tratadistas opinan que, La Familia es una institución natural, por ser el grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en toda sociedad. Idealmente, La Familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización. La estructura y el papel de La Familia varían según la sociedad. Los elementos fundamentales de La Familia, abre la mente y el corazón a amplias perspectivas que parten de la seguridad de la presencia del Señor en medio.

Vista La Familia como la matriz de la sociedad, la célula fecunda de la historia y el fundamento de una sociedad en paz ha de entenderse que La Familia en sí, responde a una serie de necesidades esenciales y primordiales de las personas que la componen, dentro de las cuales se pueden considerar: El alimento, el vestido, la vivienda, el cuidado, la solidaridad, la afectividad y la recreación.

Sin embargo, no siempre La Familia puede cumplir con el rol que le ha tocado jugar dentro de la sociedad, y más aún hoy días que se hace tan difícil y crucial como los que estamos viviendo, en donde la sociedades están rodeadas de un sin número de acciones y efectos negativos dentro de los que sobresalen las guerras, drogas, violencia a todos los niveles, incluso intrafamiliar, prostitución, desigualdades sociales, intolerancia, delincuencia entre otros.

Es frente a estos flagelos sociales en donde se hace necesario que el derecho contribuya con la institución que hacemos referencia, frente a su solicitud se hace

necesario que el derecho responda y derrame un manto protector que sirva de escudo a La Familia creándole un conjunto de deberes, derecho, con los cuales ésta pueda desempeñar su función como célula central de la sociedad.

La Familia que desde sus orígenes cargaba con el duro peso de la formación de los formadores de las sociedades, se ha visto atacada por problemas sociales que limitan su función social.

Ante estos ataques e investidas las sociedades se han visto en la necesidad de crear normas de carácter jurídico que contribuyan con el cumplimiento del fin para el cual esta institución fue creada. Y así las dificultades y problemas encontrarán solución ante la aplicación de las normas a creadas.

La evolución experimentada por las sociedades y los cambios existentes en donde ya no es el padre familia quien ostenta el poder y todos los derechos pues se enfrenta a una mujer que se ha sumado al quehacer productivo llevando está en una gran por ciento de los casos la alimentación al hogar, fruto de su esfuerzo académico , se hace necesario y urgente que La Familia sea objeto de estudio profundo conjuntamente con sus normas particulares y sus instituciones, de manera que se garantice su importancia jurídica y se asegure sus existencia como los derechos que protegen a sus integrantes, motivo por el cual surge el DERECHO DE FAMILIA”²⁸

El surgimiento de este nuevo derecho da lugar a modificación del sistema jurídico existente, en donde se establezca de forma legal normas que protejan de forma

²⁸GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; y, HERRERA, Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178

general el derecho de esta institución milenaria.

Enfocando así la concepción del Derecho de Familia se establece que el mismo debe ser considerado de gran importancia y entenderlo como una expresión por la institucionalidad y la conciencia social en la que se expresa el agrupamiento de normativas que establecen la regulación de las relaciones familiares, de sus instituciones y efectos.

CONCEPTO.

La familia es la base y fundamento de toda sociedad cualquiera sea su naturaleza económica o política. Ella presenta el núcleo vital de la comunidad y de ella arranca la explicación del género humano, a través del tiempo.

Concepto sociológico y Concepto jurídico.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; Famá, María Victoria; y, Herrera, Marisa; Derecho Constitucional de Familia alude que:

“Sociológicamente, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

Perspectiva Jurídica, la familia en sentido amplio, está formada por todos los individuos unidos por vínculo jurídico familiares que hayan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Es necesario aludir a los vínculos que derivan del matrimonio y no de la mera unión intersexual. Además en la filiación que han comprendida la biológica y la adoptiva. Pero a su vez, en el

ámbito jurídico también podemos reducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores. Esta familia nuclear es el objeto de muchas normas tutelares específicas por ejemplo normas sobre alimentos.”²⁹

NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.

La familia es una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas. Al hablar del aspecto "natural" de familia nos referimos especialmente a los vínculos biológicos, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da el principio a toda la organización.

La religión, las costumbres y la moral influyen también de manera decisiva en este ámbito. La familia es un organismo ético antes que jurídico y de esta disciplina derivan los preceptos esenciales que sirven de punto de partida a la ley, la cual suele incorporárselos transformándoles en preceptos jurídicos.

Esto trae como consecuencia un fenómeno característico del derecho de la familia, como consecuencia del cual se tropieza, frecuentemente con la observancia de preceptos, no legislados, pero si reconocido por los usos y costumbres. Sus disposiciones surgen muchas veces de la realidad social; el Estado interviene para fortalecer los vínculos, garantizar la seguridad y la estabilidad de las relaciones, dirigir y disciplinar el conjunto del complejo ente

²⁹GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; y, HERRERA, Marisa; Obra citada pág. 178

familiar. Pero para llegar a una justa apreciación no debe olvidarse nunca que la ley no es la única norma reguladora.

Naturaleza Social de la Familia.

PERERA CARRASCO Ángel, Derecho de Familia (Casos. Reglas y Argumentos), determina que “ la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad. La función del derecho y garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familia, imponiendo sus miembros (cónyuges, hijos, parientes), deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas”³⁰.

Para la cátedra, la familia no es un ente jurídico, no es una persona jurídica, sino que tiene una entidad jurídica distinta.

FUNCIÓN DE LA FAMILIA.

La principal función de la familia es actuar como agente de socialización, ya que es en ella donde se da la socialización primaria del niño y es en ella donde los seres humanos vamos adquiriendo nuestros primeros conocimientos. Así es la institución ideal (por delante de la escuela) en donde vamos aprendiendo como funcionar en sociedad, por lo que es, en una palabra, el reproductor de la sociedad y sus valores vigentes.

³⁰PERERA Ángel Carrasco, Derecho de Familia (Casos. Reglas y Argumentos), Ed. Dillex, 2006. Argentina , pág. 28.

ELEMENTOS DEL VINCULO FAMILIAR.

Son elementos del vínculo familiar, el vínculo biológico y el vínculo jurídico.

El vínculo biológico es el elemento primario, básico, necesario y presupuesto indispensable para la existencia del vínculo familiar. La familia es una institución que responde a la ley natural.

El vínculo jurídico es elemento secundario del vínculo familiar, por cuanto su existencia depende del vínculo biológico, ya que jamás puede crearlo pero es decisivo para legalizarlo.

DESARROLLO INTEGRAL.

MARTÍN LÓPEZ Enrique.- Libro titulado Familia y sociedad.- “El desarrollo integral es el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible en los países en desarrollo y subdesarrollados. Debido a que el tema del desarrollo se ha convertido tan esencial en los últimos años, especialmente dado a que las naciones del mundo se integran e interconectan cada vez más, la OEA cuenta con una Secretaría entera dedicada a esta área. La Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI) trabaja para apoyar, facilitar y promover el desarrollo integral en los Estados miembros en coordinación con medidas para fortalecer la democracia, la seguridad multidimensional y la promoción de los derechos humanos.

El desarrollo humano, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es aquel que sitúa a las personas en el centro del desarrollo,

trata de la promoción del desarrollo potencial de las personas, del aumento de sus posibilidades y del disfrute de la libertad para vivir la vida que valoran. La publicación más importante sobre desarrollo humano es el Informe Anual Mundial sobre el Desarrollo Humano.

El desarrollo humano es el proceso por el que una sociedad mejora las condiciones de vida de sus ciudadanos a través de un incremento de los bienes con los que puede cubrir sus necesidades básicas y complementarias, y de la creación de un entorno en el que se respeten los derechos humanos de todos ellos. También se considera como la cantidad de opciones que tiene un ser humano en su propio medio, para ser o hacer lo que él desea ser o hacer. El Desarrollo Humano podría definirse también como una forma de medir la calidad de vida del ser humano en el medio en que se desenvuelve, y una variable fundamental para la calificación de un país o región.

En un sentido genérico el desarrollo humano es la adquisición de parte de los individuos, comunidades e instituciones, de la capacidad de participar efectivamente en la construcción de una civilización mundial que es próspera tanto en un sentido material como espiritualmente.

El ser humano se encuentra en un constante cambio, no sólo en lo referido a los avances tecnológicos de lo cual estamos al tanto, sino también en todo lo que se refiere al desarrollo de individuo en sí mismo como persona. Es por ello que el concepto de desarrollo humano se ha ido alejando progresivamente de la esfera de la economía para incorporar otros aspectos igualmente relevantes para la vida,

como la cultura, que también fue redefiniendo su papel frente al desarrollo.

Martín López Enrique en su libro titulado Familia y sociedad menciona que “Así pues el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) define hoy al desarrollo humano como "el proceso de expansión de las capacidades de las personas que amplían sus opciones y oportunidades". Tal definición asocia el desarrollo directamente con el progreso de la vida y el bienestar humano, con el fortalecimiento de capacidades relacionadas con todas las cosas que una persona puede ser y hacer en su vida en forma plena y en todos los terrenos, con la libertad de poder vivir como nos gustaría hacerlo y con la posibilidad de que todos los individuos sean sujetos y beneficiarios del desarrollo.

El concepto de desarrollo humano tiene sus orígenes, como bien lo ha subrayado Amartya Sen, en el pensamiento clásico y, en particular, en las ideas de Aristóteles, quien consideraba que alcanzar la plenitud del florecimiento de las capacidades humanas es el sentido y fin de todo desarrollo. El concepto de desarrollo humano se ha convertido en un concepto paralelo a la noción de desarrollo económico aunque el primero es más amplio, además de considerar aspectos relativos a la economía y los ingresos, integra aspectos como la calidad de vida, bienestar individual y social y felicidad inspirado en los artículos nº 22 y siguientes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.”³¹

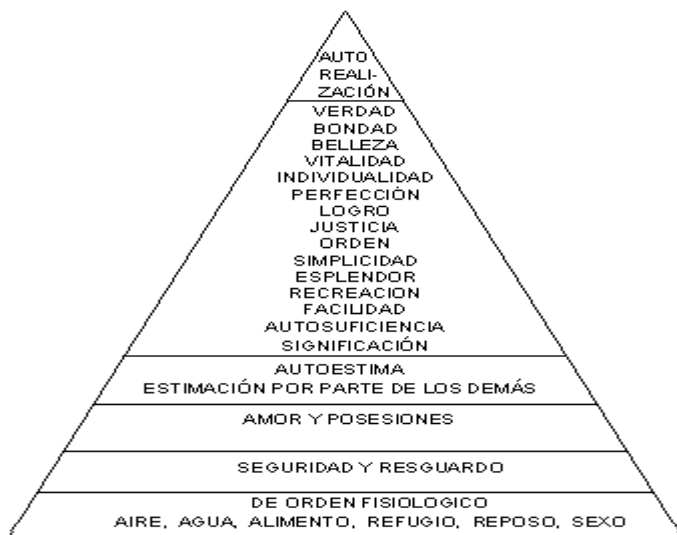
En un sentido genérico el desarrollo humano es la adquisición de parte de los individuos, comunidades e instituciones, de la capacidad de participar

³¹ MARTÍN LÓPEZ Enrique, libro titulado Familia y sociedad. Ediciones Rialp, Perú.-Ecuador, 2000 , pagina 201.

efectivamente en la construcción de una civilización mundial que es próspera tanto en un sentido material como espiritualmente.

Características del Desarrollo Integral.

Para que un niño desarrolle debe de tener la siguiente pirámide, para de esa manera ser un ente social y ayude al desarrollo de la sociedad.



Ambiente Favorable para el Desarrollo Integral de los Niños, Niña y Adolescente.

GÓMEZ PIEDRAHITA Hernán, Derecho de familia.- acuerda que “Todos nosotros nacimos de alguna forma dentro de una estructura social, grande o pequeña, la misma se conoce con el nombre de familia; es muy probable que lo primero que hayamos visto cuando abrimos nuestros ojos en el hospital haya sido el rostro de nuestra madre y luego el del resto de nuestros familiares.

El secreto del éxito de la labor educativa de los niños descansa en el máximo respeto a la dignidad humana del mismo, en el estímulo a su autorrealización y al ejercicio de su responsabilidad y de su libertad, según su grado de maduración.

Se entiende que el proceso de desarrollo integral de un niño depende de un sin número de factores que permitirán la generación de ideas, conceptos y comportamientos que formaran un ser humano que será útil para la sociedad donde se envuelva en la medida en que su desarrollo integral lo permita.

En este trabajo además de detectar los focos de situaciones negativas en este proceso constructivo y formativo propio de la familia y de los demás interventores (educadores y cuidadores), pretende aplicar guías para mejorar el acompañamiento y buen trato que faciliten experiencias exitosas entre los núcleos familiares del hogar infantil AMAMOS del municipio de apartado, contribuyendo así a la formación de seres integrales y útiles para la región”³².

Se ha comprobado que la autoconfianza, la autoestima, la seguridad, la capacidad de compartir y amar, e incluso las habilidades intelectuales y sociales, tienen sus raíces en las experiencias vividas durante la primera infancia en el seno familiar. En un hogar donde se respira un ambiente de cariño, de respeto, de confianza y de estabilidad, los niños o niñas se crían y se desarrollan psíquicamente más sanos y seguros, y se relacionarán con el exterior de esta misma forma se involucran con la sociedad contemporánea.

³²GOMEZ PIEDRAHITA Hernán, Derecho de familia, Editorial Temis. S.A. Santa Fe Bogota- Colombia 1992,

DERECHOS DE NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

A partir de la promulgación de la Convención de 1989 se ha ido adecuando la legislación interna a los principios contemplados en la Declaración. Aunque la legislación y el sistema jurídico de cada país suele ser diferente, casi la totalidad de los países han ido consagrando medidas especiales para su protección, a nivel legislativo e incluso derechos constitucionales. Entre los Derechos del niño destacan los siguientes:

- A la vida.
- A la salud.
- Al descanso, el esparcimiento, el juego, la creatividad y las actividades recreativas.
- A la libertad de expresión y a compartir sus puntos de vista con otros.
- A un nombre y una nacionalidad.
- A una familia.
- A la protección durante los conflictos armados.
- A la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- A la protección contra el descuido o trato negligente.
- A la protección contra el trabajo infantil y contra la explotación económica en general.

- A la educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales.

Los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana. Constitución de la República del Ecuador .La Constitución vigente, aprobada mediante referéndum del 28 de septiembre del 2008, consagra los derechos para este grupo dentro del capítulo tercero que nos habla de las personas y grupos de atención prioritaria. Es así que en la Sección Quinta denominada de las niñas, niños y adolescentes; en el art. 44 de la Constitución se establece que “El Estado, la Sociedad y la Familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral, de Niños, Niñas y Adolescentes y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas.

Las niñas, niñas 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.”³³ En el art. 45 del mismo cuerpo legal, manifiesta que “los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos comunes del ser humano, como son el respeto a la vida, libertad, a la no discriminación, libertad de asociación, etc.; así como también a los que son

³³Constitución de la Republica del Ecuador. Ediciones Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 24

específicos para su edad. En el segundo inciso se establece que “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.”³⁴

El Art 46 de la Constitución menciona “El Estado Ecuatoriano deberá adoptar las medidas que sean necesarias para:

- La atención prioritaria a las niñas/os menores de seis años, garantizando su nutrición, salud educación y cuidado.
- Protección contra la explotación laboral, prohibiéndose el trabajo a menores de quince años, promoviendo la erradicación del trabajo infantil, en los y las adolescentes el trabajo será de forma excepcional, siempre que éste, no comprometa su educación ni ponga en riesgo su integridad física, síquica, emocional;
- En el caso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad recibirán una atención preferencial para una integración social e incorporación en el sistema regular de educación.

³⁴ Ibídem, Pág. . 24.

- Brindar protección contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual; uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicos, consumo de bebidas alcohólicas y sustancias nocivas para su desarrollo y salud; a la influencia negativa a través de programas o mensajes de medios de comunicación de cualquier tipo, que promuevan la violencia, discriminación racial o de género., para lo cual el estado limitará y sancionará el incumplimiento de estos derechos.

- Protección y asistencia especial cuando él o la progenitora, se encuentran privadas de la libertad; la niña, niño o adolescente sufra de una enfermedad crónica o degenerativa, así como también en el caso de desastres naturales, conflictos armados o emergencias de todo tipo.”³⁵

En el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el Título tercero, hace referencia de una manera más detallada sobre los derechos, garantías y deberes; dividiéndolos en cuatro grandes grupos así:

- “Derechos de supervivencia
- Derechos relacionados con el desarrollo.
- Derecho de protección.
- Derechos de participación.”³⁶

Derechos de supervivencia.

En este grupo tenemos los siguientes derechos:

³⁵Constitución de la República del Ecuador., Corporaciones de estudios y publicaciones Quito 2008.

³⁶Código de la Niñez y Adolescencia. / Corporaciones de estudios y publicaciones, Quito –Ecuador, Julio.- 2012.

- A la vida.
- A conocer a sus progenitores y mantener relaciones afectivas personales, regulares, permanentes con ellos y sus parientes.
- A tener una familia y a la convivencia familiar, niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse con su familia biológica excepto cuando esto sea imposible o vaya en contra de su interés superior.
- Protección prenatal
- A la lactancia materna, para asegurar el vínculo afectivo con su madre y un adecuado desarrollo y nutrición.
- Atención en el embarazo y parto, en condiciones adecuadas, tanto para el niño o niña como para la madre, especialmente en caso de madres adolescentes.
- A una vida digna, en condiciones socioeconómicas que permitan su desarrollo integral, una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; recreación y juegos, a educación de calidad, vestuario y vivienda con todos los servicios básicos.
- A la salud, acceso permanente a servicios de salud públicos y medicinas gratuitas.
- A la seguridad social, a sus prestaciones y servicios.
- A un medio ambiente sano.

Derechos relacionados con el desarrollo:

- A la identidad, a un nombre, nacionalidad, relaciones de familia.

- A conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar la identidad cultural, así como los valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales. Se deberá respetar la cultura de pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, su cosmovisión, realidad cultural y conocimientos de cada pueblo o nacionalidad.
- A la identificación, deberán ser inscritos de manera inmediata y con los correspondientes apellidos paterno y materno.
- A la educación que sea de calidad, respete la cultura del lugar, convicciones éticas, morales, religiosas. La educación pública es gratuita y laica. Las instituciones educativas deberán brindar este servicio con equidad, calidad y oportunidad. Los padres y madres tienen la obligación de matricular a sus hijos e hijas en planteles educativos y elegir la educación que más les convenga. Queda prohibida la aplicación de sanciones corporales, psicológicas que atenten a la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, la exclusión o discriminación por una condición personal o de sus progenitores.
- A la vida cultural, a participar libremente en expresiones de carácter cultural.
- A la información, a buscar y escoger información, que sea adecuada, veraz, pluralista y que brinde orientación y educación crítica.
- A la recreación y al descanso, al deporte, a la práctica de juegos en espacios apropiados, seguros y accesibles, y en especial de juegos tradicionales.

Derechos de Protección:

- A la integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. se prohíben

los tratos crueles, degradantes o tortura.

- A la libertad personal, dignidad, autoestima, reputación, honor e imagen propia.
- A la privacidad, inviolabilidad del hogar y las formas de comunicación. Tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida familiar y privada, inviolabilidad de domicilio correspondencia, comunicación electrónica y telefónica, o cualquier intromisión de manera ilegal o arbitraria, se exceptúa la vigilancia natural de los padres, madres y maestros.
- A la reserva de la información sobre antecedentes penales, no se hará pública la información sobre antecedentes policiales o judiciales, en el caso que los o las adolescentes hubiesen sido investigados o privados de la libertad por el cometimiento de una infracción penal.
- A que los niños, niñas y adolescentes con discapacidades o necesidades especiales gocen de los derechos que les permita un desarrollo integral de las capacidades y el disfrute de una vida digna, plena y con la mayor autonomía posible. Además deberán ser informados de las causas, consecuencias y pronóstico de su discapacidad.
- Los hijos e hijas de personas privadas de la libertad, que no gocen de su medio ambiente familiar, el Estado deberá brindarles protección y asistencia especial.
- A protección especial en caso de desastres y conflictos armados; se tomará medidas de atención prioritaria como son: evacuación de la zona afectada, alojamiento, alimentación, atención médica y medicinas. Está prohibido la

participación o reclutamiento de niños, niñas o adolescentes en conflictos armados internos o internacionales.

- Los niños, niñas y adolescentes refugiados tienen derecho a recibir atención humanitaria que permita el disfrute de sus derechos.

Derechos de participación.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

- La libertad de expresión, buscar, recibir, difundir ideas salvo aquellas que atenten el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de las demás personas.

- A ser consultados en asuntos que les afecte.

- A la libertad de pensamiento, conciencia y religión

- A la libertad de reunión de manera pública y pacífica.

- A la libertad de asociación con fines lícitos, sin fines de lucro, especialmente para asociaciones estudiantiles, deportivas, culturales, laborales o comunitarias.

LOS PRINCIPALES DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Derecho a la Integridad Física, Moral y Psicológica.

VILLAGRASA ALCAIDE Carlos.- Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia mencionan “El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental y absoluto que tiene su origen en el respeto debido a la vida y sano

desarrollo de ésta. Es el derecho al resguardo de la persona, en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental.

El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La Integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones.

El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica.

Este derecho se encuentra consagrado en el derecho internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5).

No es sino hasta mediados de los años 60, cuando tienen origen los tratados generales de derechos humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1968 (artículo 5), que este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional.

Debido a la preocupación de la comunidad internacional considerando la importancia de este derecho y lo reiterado de las prácticas mundiales atentatorias de este derecho, es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la

Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 25/06/1987, tras haber sido ratificada por 20 países. Para el año 2001 contaba con 124 Estados partes.

Igualmente, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se suscribe en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, que entra en vigor el 28 de febrero de 1987.

En Venezuela este derecho se encuentra establecido en el artículo 46 de la Carta Fundamental así:

Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.

4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.”³⁷ En cambio el Art. 50 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano menciona “Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes.”³⁸ Es decir que el niño, niña y adolescente esta protegido en diferentes ámbitos, los cuales son muy importantes para el desarrollo integral.

Derecho a la Educación.

El derecho a la educación es un derecho humano reconocido y se entiende como el derecho a una educación primaria gratuita obligatoria para todos los niños, una obligación a desarrollar una educación secundaria accesible para todos los jóvenes (sin distinción racial), como también un acceso equitativo a la educación superior, y una responsabilidad de proveer educación básica a los individuos que no han completado la educación primaria la educación es gratuita hasta tercer nivel Adicionalmente a estas previsiones sobre acceso a la educación abarca también la obligación de eliminar la discriminación en todos los niveles del sistema educativo, fijar estándares mínimos y mejorar la calidad.

La primera Relatora Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, habla de cuatro dimensiones de

³⁷VILLAGRASA ALCAIDE Carlos.- Los Derechos de la Infancia y La Adolescencia.- Ediciones.- Ariel Colección: Ariel derecho.- Colombia- Bogotá. - pág. 467.

³⁸Código de la Niñez y Adolescencia. / Corporaciones de estudios y publicaciones, Quito – Julio.- 2012.

este derecho. El esquema de (accesible, aceptable, adaptable del derecho a la educación brinda un marco conceptual para fijar las obligaciones de los gobiernos sobre el derecho a la educación: generar educación disponible, accesible, aceptable.

Este derecho está contenido en numerosos tratados internacionales de derechos humanos pero su formulación más extensa se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ratificado por casi todos los países del mundo. El Pacto en su artículo 13 reconoce el derecho de toda persona a la educación.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas describe de esta manera en el artículo 13

- “Los Estados convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su obra hacia dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
- La enseñanza primaria debe ser obligatoria y accesible a todos gratuitamente.

- La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- Debe "fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.
- Debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente"³⁹.

Además este tratado dice que los "Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones , nuestra legislación sostiene que el derecho a la educación es un derecho de las personas a su largo de sus vida y un deber ineludible e

³⁹Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

inexcusable del Estado. Constituye una área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad y de inclusión social y condición indispensable para el buen vivir.

Las personas, las familias y la sociedad tienen derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo.

Derecho a la Salud.

A pesar del amplio reconocimiento del derecho a la salud en los tratados internacionales de derechos humanos y en las Constituciones, su adopción no ha pasado sin diversas críticas que ampliamente se han opuesto. Por ejemplo, se señalaba la idea de que tratándose de la salud como un bien intangible, era prácticamente imposible para el Estado convertir este derecho en un deber. Otras críticas señalan que la forma precisa de hacer efectivo este derecho era precisamente proclamar un derecho a la atención de salud lo que sí podía cumplirse a través de obligaciones positivas y definibles.

ALLES Ana.- Derechos Sociales-Instrucciones de uso.- , en el que se entiende al derecho a la salud como “un derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Además tomando en cuenta lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifiesta cuando afirma que el derecho a la salud abarca no sólo el derecho a la atención de salud, sino que también una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones” .Para que las personas puedan llevar una vida sana.

Cabe recalcar también los elementos esenciales del derecho a la salud, que quedan desglosados de la siguiente manera: a.- Disponibilidad, que presupone la existencia de unos elementos mínimos disponibles; b.- Accesibilidad, sobre todo de servicios y programas de salud, (no discriminación, accesibilidad física, asequibilidad y acceso a la información); c.- Aceptabilidad, en cuanto a la adecuación de los planes y sistemas a las condiciones socio-culturales de la población, entre otras; d.- Calidad, servicios de calidad, cualificación de personal, calidad de medicamentos y equipo.

Ahora, dentro de lo que nos interesa para el análisis, podemos decir que en los últimos años los avances en materia de protección de derechos humanos están relacionados con la defensa de los derechos de grupos sociales específicos, fundamentalmente mujeres, niños y poblaciones indígenas. Esto se debe a la mayor visibilidad de la vulnerabilidad de estos grupos, así como a la progresiva importancia otorgada a la interdependencia del conjunto de derechos humanos.

Cuando nos referimos a los derechos de los niños, partimos desde la adopción de la Convención de los Derechos del Niño, ya que convierte a éstos en sujetos plenos de derechos. Por lo tanto a niños y adolescentes les corresponde el mismo conjunto de derechos a la salud que a otra persona, además de los derechos específicos vinculados con su condición. Se establecen dos principios fundamentales, el más importante es el del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; también el principio de la no discriminación. Se destaca también la necesidad de adoptar medidas para acabar con las prácticas tradicionales que afectan la salud de los niños y especialmente de las niñas.

El principio sobre el interés superior del niño establece que toda vez que se tomen decisiones oficiales que afecten a los niños, se deberá dar importancia a sus intereses. Los intereses de los padres o del Estado no deberán ser la consideración primordial. Este es justamente uno de los principales mensajes de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este aspecto de la no necesidad de encontrar la conexidad con respecto a otros derechos, como suelen ser con los derechos de personas adultas, en este caso sería el derecho a la salud relacionado con el derecho a la vida, en el caso de los menores de edad por su vulnerabilidad, el derecho a la salud es totalmente autónomo. Por lo mismo, se entienden prevalentes sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional.

Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional.

Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los

menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.

Cabe manifestar que el derecho a la vida de los niños ha sido establecido en infinidad de normas de carácter nacional e internacional y la Corte Constitucional ha sido fecunda y prolífera en la producción de jurisprudencia relativa a la protección del derecho a la salud y de los demás derechos de los niños, niñas y adolescentes⁴⁰.

El derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes como un derecho humano fundamental, establece que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en sostener que cuando se trata de los niños, que son sujetos de especial protección, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta esa población infantil, se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior, tal como

⁴⁰ALLES Ana.- Libro Derechos Sociales-Instrucciones de uso.- Ediciones Arias- 2000- 2001 Colombia –Bogotá. Pagina 786.

ocurre con los derechos a la salud y a la seguridad social, que tiene carácter fundamental autónomo, mientras que esos mismos derechos referidos a otras personas, en principio, son derechos de naturaleza prestacional, porque se trata de un servicio público a cargo del Estado, y el carácter de fundamentales lo adquieren sólo por conexidad, cuando con su afectación se pone en riesgo o se vulnera un derecho definido como fundamental y, por lo tanto, es necesario proteger los prestacionales para salvaguardar los fundamentales.

Es importante señalar que el Estado tiene ciertas obligaciones básicas mínimas y que son de gran relevancia, sobre todo para la protección del derecho a la salud, desde el derecho internacional de derechos humanos, así, el Comité afirma que son “inderogables” y además advierte que el Estado no puede “nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento” asimismo, se establece que la “adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud constituye una violación del derecho.

De esta manera el Estado debe garantizar el acceso de todas las personas, sin discriminación de ninguna naturaleza, a centros, bienes y servicios de salud, y el acceso a medicamentos esenciales; adoptar y aplicar una estrategia y plan nacionales de salud pública, para enfrentar las principales preocupaciones en materia de salud de toda la población, con especial atención a los grupos vulnerables, así por ejemplo proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas. .

Debemos señalar que las disposiciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que se relacionan con la salud y el bienestar pueden deducirse del principio que establece el derecho del niño de sobrevivir y desarrollarse. Así también el principio de no discriminación aparece en el artículo clave sobre la salud, y establece que los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho de acceder a los servicios de atención de la salud. Por otro lado, se afirma también que los estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para reducir la mortalidad infantil; para desarrollar un sistema de atención primaria de salud de los niños, combatir enfermedades, difundir información sobre salud y nutrición de los niños, entre otras cosas.

La Convención sobre Derechos del Niño (art.24), de igual manera, consagra que “los Estados reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.⁴¹ Así mismo la legislación ecuatoriana, en la carta magna; Art. 32 menciona que “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos , entre ello el derecho al agua , la alimentación , la educación , la cultura física, el trabajo , la seguridad social , los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado Garantiza este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; el acceso permanente, oportuno y

⁴¹La Convención sobre Derechos del Niño (art.24),

sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de la salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficacia, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generosidad”.⁴²Referente a lo manifestado, puedo decir que el derecho a la salud es un derecho humano universal amparado en Tratados Internacionales, y en las legislaciones correspondientes, cuya finalidad es; que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible. Ya que el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano.

Derecho a vivir en un Ambiente Sano.

El derecho a un medio ambiente equilibrado es el último derecho establecido en el inciso 22 del artículo 2 de nuestra Constitución actual. Es indiscutible que constituye un derecho fundamental de la persona no solo en nuestro país sino en la mayoría de países del mundo, por ello, debe ser estrictamente respetado.

El avance científico y la tecnología han hecho que este derecho por un lado y por otro esté siendo vulnerado, y es que el hombre ahora con su vasto conocimiento, podemos decir que, está en la capacidad de destruir el medio ambiente completo, si así lo quisiera, de la noche a la mañana.

A continuación entrare de lleno a realizar un análisis exegético sobre el derecho que tiene la persona a “un medio ambiente sano”, un derecho que durante el siglo

⁴²Constitución de la Republica del Ecuador. Ediciones Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 24 .

pasado fue poco difundido, y que ahora, debido a los extraños cambios climáticos toma fuerza y actualmente es puesto en práctica en la mayoría de países del mundo.

Al igual que otros derechos, el derecho a gozar de un ambiente sano surge con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; la Declaración tuvo como finalidad sugerir a los países del mundo que adoptaran estos derechos en sus respectivas constituciones, ello con el único propósito de consolidar a la persona humana como el fin supremo de las naciones.

La Declaración de Lisboa de 1988 emitida dentro del marco de la “Conferencia Internacional sobre garantías del Derecho Humano al Ambiente”, exhortó a reconocer el derecho que tiene una persona a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y a la vez sugirió a los estados crear mecanismos jurídicos que hagan posible que cada individuo pueda ejercer y exigir sin impedimentos, el derecho a habitar en un medio ambiente saludable para el desarrollo de su vida.

La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo elaboró un conjunto de principios jurídicos para la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero, considerando en la parte que corresponde a “Principios, Derechos y Deberes Generales” a uno de ellos, como un derecho humano fundamental: “Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar”

Por su parte, “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, “La Declaración Americana sobre Derechos Humanos” o más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” entre otras, son declaraciones a las que el Perú está adherido, que también promueven a que se respete el derecho que tiene toda persona a vivir en un medio ambiente sano, de la misma manera la Constitución de nuestro país , en el art. 14 expone de esta manera “ Se reconoce el derecho a la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, Sumak Kawsay”.⁴³

Dando un comentario personal acerca del derecho de vivir en un ambiente sano, considero que en nuestro país no se vive de la manera como las personas se merecen, por la misma contaminación que existe en el avance tecnológico en el ámbito de la industria, la explotación de la minería, etc., en conclusión no vivimos en un ambiente sano donde se pueda desenvolverse adecuadamente., referente al tema en investigación este derecho es muy importante para el desarrollo del niño, niña y adolescente amparada conjuntamente con el Interés superior del niño.

Derecho a una Alimentación.

El derecho a la alimentación fue reconocido desde que fuera adoptada la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. ¿Pero de qué se trata? ¿ y cómo puede hacerse realidad ¿ Estas son algunas de las preguntas que probablemente surgirán en el curso del debate acerca de un código de conducta

⁴³Constitución de la Republica del Ecuador. Ediciones Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 19.

sobre el derecho a la alimentación que se realizará en la próxima Cumbre Mundial sobre la Alimentación: cinco años después, a celebrarse del 10 al 13 de junio en la sede de la FAO, en Roma.

El código internacional de conducta sobre el derecho humano a la alimentación adecuada, fue propuesto por primera vez en 1996, durante los preparativos para la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, y cuenta con un gran apoyo por parte de las organizaciones no gubernamentales que trabajan en favor de quienes padecen hambre.

El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. Por ello, el derecho a la alimentación debe ser entendido de modo amplio, considerando el acceso físico y económico a los alimentos adecuados o a medios para obtenerlos, en cualquier momento, y no de un modo restrictivo que se ciña a una dotación de calorías, proteínas y otros nutrientes. Igualmente, se reconoce que el derecho a la alimentación adecuada tendrá que ser alcanzado de un modo progresivo. Sin embargo, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre, incluso en caso de catástrofe natural o de otra índole.- Para el Relator Especial, el derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones

culturales de la población a que pertenece el consumidor y garantice una vida síquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna.

De acuerdo a nuestra legislación el derecho a una alimentación es amparado en la Constitución de la República, en el art. 13 “ Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos , suficientes y nutritivos ; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales”⁴⁴ de la misma manera el art 45 en el inciso 2 menciona que “ las niñas , niños y adolescente tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición”⁴⁵. El derecho a la alimentación es un derecho que todas las personas poseemos por lo que es un derecho del buen vivir.

Derecho a la Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La palabra seguridad proviene de la palabra latina securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de secura) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las

⁴⁴Constitución de la Republica del Ecuador. Ediciones Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 19

⁴⁵ Ibídem. Pág. 30

disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la certeza del derecho que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.

DEBERES DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Todos y todas las ciudadanas en nuestro país tenemos derechos que deben ser respetados en todas las instancias, pero así también la Constitución y la legislación secundaria nos dan deberes u obligaciones que debemos cumplir. En este sentido, también los niños, niñas y adolescentes tiene deberes comunes a las y los ciudadanos ecuatorianos, compatibles a su edad y condición, éstos se encuentran establecidos en el art. 64 del Código de la Niñez y Adolescencia y son:

- “Respetar la Patria y sus símbolos.
- Mantener la identidad nacional, respetar la pluriculturalidad, conocer la realidad del país, a ejercer y defender sus derechos y garantías.
- Respetar los derechos y garantías de los demás.

- Practicar de valores como respeto, solidaridad, tolerancia, paz, justicia, equidad y democracia.
- Ser responsables en la educación
- Ser honestos y responsables en el hogar y en la escuela, colegio o cualquier institución educativa.
- Respetar a padre, madre, maestros y personas que sean responsables de su educación y cuidado.
- Cuidar y preservar el medio ambiente y los recursos naturales.”⁴⁶.

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL COMPARTIDA.

RODRÍGUEZ REY, Taylor, Custodia Compartida.- “La responsabilidad parental compartida plantea un nuevo modelo de convivencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres.

La justificación para el estudio profundo de este tema se encuentra en la misma realidad social y judicial.

La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Por eso, no puede dejar de

⁴⁶Código de la Niñez y Adolescencia.- Edición Corporación de Estudios y publicaciones – 2012.- Quito-Ecuador.

cuestionarse las formas desactualizadas de solución a este problema, como es la tenencia unilateral, que se otorga en nuestro país por considerarse la más adecuada al interés del niño.

La noción de responsabilidad parental compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros.

La responsabilidad parental compartida, busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres. Las relaciones parentales abarcan todo el ejercicio de la autoridad parental, incluyendo la tenencia, la educación, la asistencia, la representación, la vigilancia y la fiscalización; atributos controlados por el Estado para la protección integral de los menores.

Mientras la familia permanece unida, el menor disfruta de los dos progenitores. La ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, quedando el otro reducido a un papel secundario. En la realidad social, surgen cada vez más conflictos que involucran las relaciones entre padres e hijos, sin embargo, son escasas las normas legales en relación a esto. Le cabe, mientras tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia establecer

soluciones que privilegien los lazos familiares, en acuerdo con el texto constitucional, privilegiando el interés superior del niño.

En el proceso de desestructuración social tan propio de nuestros tiempos, “la maternidad y la paternidad aparecen desinvertidos de aquel sentido heredero de la tradición cultural. Padre, madre, hijo ya no se perfilan como significantes de una relación intergeneracional basada en el principio de autoridad, sino que parece tratarse de lugares simbólicamente destruidos. Trabajos ‘compartidos’ en condiciones de alta precariedad, chicos que ‘protegen’ a las madres, figuras masculinas borrosas o en descomposición, actos ilegales ‘legalizados’ por sus progenitores en la urgencia por sobrevivir, caída de la frontera entre lo permitido y lo prohibido. Chicos expuestos o puestos como escudo en disputas de pareja, chicos ocupando el lugar de proveedores. Es interesante advertir que estas ⁴⁷alteraciones a menudo son acusadas como vacío por parte de los hijos.”

No obstante, la institución familiar, con sus nuevas características, y, en el marco de ella, la maternidad y la paternidad, deben recuperar su sentido. En palabras del psicólogo Alfredo Moffatt, “La capacidad de crear estructuras que ordenen el caos de la realidad depende del segundo aprendizaje infantil que culturalmente está por lo general a cargo del padre (aunque también la madre puede amar de modo ordenado y el padre estructurar con amor. La capacidad de crear esquemas desde los cuales se lea la realidad azarosa procura la posibilidad de predicción, y por tanto, de enfrentar el futuro; y si estos esquemas son

⁴⁷RODRÍGUEZ REY, Taylor, Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia, en Revista Futuros, publicada por American número 9, vol. 3, 2005.

compartidos por el grupo social, se tiene la posibilidad de coordinar las acciones.

Pero la definición y el estudio específico del tema, es de suma importancia para que los jueces puedan orientarse y tomar decisiones, respetando el interés superior.

Siguiendo con un trabajo de la Dra. María Franca Alessio, el problema a resolver abarca dos aspectos:

1. -Que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que si eran idóneos juntos para ejercerla conjuntamente, también se les debe reconocer esa idoneidad, cuando se separan por la causa que sea, sin perder de vista, que los hijos son las víctimas del conflicto y no los generadores.

2. -Que los padres puedan continuar cumpliendo su rol plenamente, sin contaminar la relación paterno-filial con los conflictos derivados del fracaso matrimonial del cual son los únicos responsables. Así como compartieron la patria potestad estando juntos, se debe buscar la posibilidad de que compartan el ejercicio de la tenencia estando separados, siempre que no perjudique el interés superior del niño.

El objetivo es entonces, posibilitar un cambio y reestructuración de las relaciones familiares preservando la paterno-filial. Surge la necesidad de humanizar el procedimiento, devolviendo a los miembros de la familia en conflicto la responsabilidad, la dignidad y la importancia de la familia como autogobernante, como protagonista y ejecutora de sus propias decisiones.

LA TENENCIA COMPARTIDA Y LA DOCTRINA FAVORABLE.

LEÓN, Henry y Mazeaud.- Lecciones de Derecho – Civil.- “La familia constitución de la familia.” Cita que “Frente a la posición que sostenía que la tenencia debía ser otorgada unilateralmente, ante la situación de divorcio o separación, criterio aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, aparece otra corriente que cuestiona este principio, y más allá del dogmatismo surge como una necesidad de los distintos involucrados, a partir de los aportes de las distintas disciplinas como la psicología y la sociología.

El deseo de compartir ambos padres aun siendo no convivientes lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y el de estos últimos, de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera esta nueva forma de tenencia.

Se la define como aquella que: “consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes”. Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres que se comprometen a ello, con respeto e igualdad. En la misma, uno de los padres puede detentar la tenencia material o física del hijo, pero el que no detenta la tenencia física, participa de manera efectiva en ella, capaz de decidir directamente en la educación, religión, cuidados de salud, recreación y estudios, es decir participan activamente de la vida del hijo en pos de su bienestar. Evita la sobrecarga a uno solo de los padres, eliminando ansiedades, estrés y el deterioro de las relaciones

coparen tales.

Si hay acuerdo entre los padres, son ellos los que están en condiciones de establecer cuál es el mejor interés del hijo, basados en su autonomía personal para concretar juntos el proyecto de vida pensado para su hijo menor.

Las forma de llegar a este tipo de tenencia son:

- a) Por decisión judicial, sin que los padres lo hayan requerido,
- b) Por petición de uno solo de los padres;
- c) Por acuerdo de ambos;
- d) Cuando es la forma que la ley establece para la tenencia de los hijos.

La figura de la responsabilidad parental compartida puede aparecer como una respuesta a una realidad sociológica del grupo familiar de nuestro tiempo, Así como se han modificado las funciones y roles de la familia dentro del matrimonio, ésta también seguramente ha sufrido los mismos cambios cuando el vínculo conyugal está disuelto. Las funciones de cuidado de los hijos ya no sólo están a cargo de la mujer, sino de ambos progenitores, dado que la mujer ahora también aporta al hogar con su trabajo fuera del él.

Se puede encontrar es este sistema una forma de promover la coparentabilidad. Es un camino mucho más difícil de seguir, la responsabilidad es compartida en lo emocional y físicamente. Los dos deberán atender a sus necesidades primarias, ser un “papá” con algo de “mamá”. Sobre todo si el hijo es muy pequeño. Pero no hay que desmerecer al hombre, que también “puede”, cuando el amor por su hijo

lo impulsa. Pese a la separación, intentan mantener un funcionamiento que garantice a los vástagos una socialización construida sobre la base de las dos figuras parentales. La asunción compartida de algunos derechos-deberes originados en el vínculo paterno-filial o efectuar una división pormenorizada de actividades a cargo de uno y otro de los progenitores.”⁴⁸

El proyecto de compartir las responsabilidades sobre los hijos, es mucho más que la elección del lugar de residencia, puesto que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor, debe ser definida más en términos relacionales que en términos geográficos y temporales.

Esta propuesta tiene ventajas y desventajas para los padres y para los hijos

Las ventajas para los padres son: que ambos son guardadores, calificación en la aptitud, equiparación en el tiempo libre, comparten gastos de manutención y hay mayor cooperación.

Las desventajas son: mayores costos; permanencia en el mismo lugar o ciudad; y necesidad de un empleo flexible. Con respecto a los hijos, las ventajas se traducen en: convivencia igualitaria con sus padres; inclusión en el nuevo grupo familiar de cada padre; no hay padres periféricos; mayor comunicación; menos problemas de lealtades y buen modelo de roles parentales.- En cuanto a las desventajas se refieren a: problemas prácticos y logísticos.

La doctrina favorable a esta responsabilidad parental compartida es analizada por

⁴⁸LEON, Henry y Mazeaud, Lecciones de Derecho – Civil, La familia constitución de la familia. Edit. Jurídicas Europa América, Buenos Aires.

distintos autores, entre ellos, la Dra. Cecilia Grosman cuando desarrolla el tema sosteniendo: que ante la falta de prohibición legal es facultativo para los cónyuges efectuar acuerdos de este tipo, siempre y cuando no fueren perjudiciales para el menor.

En igual sentido, el Dr. Carlos Arianna expresa: "...los acuerdos de esta naturaleza inhiben en los hijos la angustia producida por el sentimiento de pérdida del padre que no tiene la custodia, también los ex cónyuges obtienen ventajas del sistema..." ya que "...aligera las sobrecargas de responsabilidades que aflige comúnmente al cónyuge que detenta la guarda...".

El Prof. Enrique Díaz de Guijarro se pronuncia por una permanente y efectiva relación de los hijos con ambos progenitores después del divorcio o separación, y que ambos participen de la organización y vigilancia de los hijos. Que no se debe modificar ninguno de los derechos y obligaciones de la patria potestad, y que la tenencia no constituye una restricción a la coeducación y a la compañía del otro progenitor, por ser la esencia única y común de la filiación.

LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA JURISPRUDENCIA

GÓMEZ PIEDRAHITA Hernán.- "Derecho de familia".- En principio, "la jurisprudencia juzgó negativo el deseo del padre de gozar de la tenencia compartida, aplicando sólo la regla de la tenencia unilateral, regulada por la ley, mediante la homologación de los acuerdos presentados por los esposos o por decisión de los jueces.

En la actualidad, la situación de tenencia compartida no es la más frecuente y fallos sobre el particular no abundan. Sin embargo, se pueden recoger una jurisprudencia vacilante, que en los últimos tiempos parece orientarse a homologar acuerdos de progenitores que satisfaciendo el interés filial, resuelve la tenencia compartida.

La jurisprudencia ha elaborado en el transcurso del tiempo, pautas para la atribución de la tenencia que tienden a preservar el interés superior del niño y se resumen en los siguientes ítems:

1. -El mantenimiento del lugar físico, la situación existente, el barrio y la escuela.
2. -La improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados, salvo poderosas razones que así lo aconsejen.
3. -La preservación de la convivencia con los hermanos para no distorsionar el grupo familiar.
4. -Las incidencias de factores económicos.
5. -La edad, condiciones de vida materiales y espirituales de los progenitores. Todas deben ser analizadas y valoradas por el juez, sin perder de vista el interés superior del niño, buscando el justo equilibrio.
6. -La opinión del niño, es un deber para el juez oírla, cuando la edad lo permita, por ser la persona sobre cuya existencia va a tomar decisiones trascendentales.-

Para valorar esa opinión debe tenerse en cuenta la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, etc.”⁴⁹

El principio de estabilidad o continuidad -el statu quo- apunta por definición a preservar situaciones de hecho, de forma tal que -si ese estado de cosas fáctico no se afecta (por no existir motivo para ello)- nada impide que se realice una adecuación de los encuadres jurídicos para que éstos respondan a lo que efectivamente acontece en el desenvolvimiento de las relaciones paterno-materno filiales. Más aún, debe estimarse altamente positivo la variación de esos encasillamientos jurídicos cuando tengan por finalidad evitar una falsificación de la realidad familiar.

LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.

GÓMEZ PIEDRAHITA Hernán, “Derecho de familia”.- “El régimen de custodia compartida en la legislación internacional comenzó a dar sus pasos en los últimos años. Tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cuanto la ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño.

Un estudio de Themis, Asociación de mujeres juristas, informa que Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Suecia y la República Checa, como países de la Unión Europea, contemplan expresamente en su legislación la custodia compartida. A estos hay que sumarle Estados Unidos y Canadá.

Estas legislaciones de la UE conceden al juez la potestad para establecer el

⁴⁹GÓMEZ PIEDRAHITA Hernán, Derecho de familia, Editorial Temis. S.A. Santa Fe Bogotá- Colombia 1992,

sistema, en diferentes medidas. Bélgica, por su parte, establece el sistema de residencia alterna como modelo general en el que el juez está obligado a concederlo siempre que se lo solicite uno de los padres.

Especial énfasis requiere Francia, país en que la por entonces Ministra delegada de la Familia y la Infancia Ségolène Royal, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto denominado "la Reforma de la Autoridad Parental: los Nuevos Derechos de las Familias", cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres (alternancia semanal. Esta iniciativa tiene un valor innegable, ya que por primera vez un gobierno europeo reconoce abiertamente, que el régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

La Asamblea Nacional Francesa aprobó el 13 de Diciembre de 2001, el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. La ley estableció la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guardia y custodia de los hijos tras la separación de la pareja, y otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja. Aunque se plantean ciertas medidas cautelares.

El proyecto de Royal de 2001 afirma que: «Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginada por el divorcio. La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede

responder a las necesidades del niño. En la propuesta se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el niño.

Asimismo ha puesto el foco en que "falta por convencer a los jueces, mayoritariamente opuestos a ese principio de igualdad parental por razones prácticas o culturales"

El caso de España ha tenido gran repercusión. El 10 de julio de 2005 entro en vigencia la ley 15 / 2005 que modificó el Código Civil. El artículo 92 de la nueva ley sostiene que:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos

lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Asimismo, algunas legislaciones amplían las obligaciones a los padres. En Canadá los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a un Programa de Educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental".⁵⁰

⁵⁰GÓMEZ PIEDRAHITA Hernán, Derecho de familia, Editorial Temis. S.A. Santa Fe Bogotá- Colombia 1992,

Esta nueva legislación ha tenido repercusiones en muchos países de América Latina, sociedades que enfrentan problemáticas similares.

Recientemente ha sido presentado en la Cámara de Representantes de Colombia un proyecto que establece la Custodia Compartida de los hijos menores. Lo mismo ha sucedido en Puerto Rico en mayo de 2007.

El debate sobre el tema abunda en las publicaciones jurídicas de Brasil y México, por ejemplo, y es tema de discusiones en el resto del continente.

5. MATERIALES, MÉTODOS

Materiales.

Conforme se estableció desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis general, así como de un objetivo general y tres específicos en torno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su contrastación y verificación como requisito para la validación del presente trabajo.

El presente proceso investigativo se dirige a la observación pormenorizada de la problemática jurídica relacionada con las insuficiencias normativas de del Código de la Niñez y Adolescencia, en lo relacionado a la tenencia única.

Luego de desarrollado del proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el correspondiente Reglamento de Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa.

Métodos

Es muy importante indicar que para desarrollar el presente proyecto de tesis hice uso de los diferentes métodos de investigación de manera particular de aquellos métodos que me permitieron indagar a cerca de la problemática de una manera objetiva y contundente, que proporcionen información sistemática que facilite la

interpretación y comprensión de los resultados y su vinculación con la problemática entre los métodos comprobados tenemos:

Método Científico.- Es un método de investigación usado principalmente en la producción de conocimiento en las ciencias, Se aplicó para desarrollar la investigación formulada de manera lógica, con conocimientos verdaderos acerca de las normas constitucionales que garantizan la protección de los derechos del niño , niña y adolescente , también conocimientos probables especialmente en lo relacionado a vulneración de los derechos del niño(a), que con la aplicación de este método llegue a comprobar su veracidad, y así lograr la adquisición, organización y expresión de conocimientos en la parte teórica práctica, hasta la obtención de conclusiones y recomendaciones y la formulación de una propuesta.

Método Deductivo.- La deducción va de lo general a lo particular. El método deductivo es aquél que parte de datos generales aceptados como verdaderos, para deducir por medio del razonamiento lógico, varias suposiciones, es decir; parte de verdades previamente establecidas como principios generales, para luego aplicarlo a casos individuales y comprobar así su validez. Este método me ayudo hacer un estudio a los ámbitos generales del Código de la Niñez y Adolescencia. Especialmente a los principios que la rigen, para de esta manera llegar a las particularidades y singularidades que generen las diferentes irregularidades.

Método Inductivo.- La inducción es un proceso mental que consiste en inferir de algunos casos particulares observados en el Código de la Niñez y Adolescencia

que los rige. Este método me permitió relacionar las particularidades y principios comunes en la elaboración del marco jurídico, así como también en las comparaciones con otras legislaciones.

Método Analítico y Sintético.- Es aquél que permitió observar y penetrar en cada una de las partes de un objeto que se considera como unidad. Con la ayuda de este método logre realizar el análisis y posteriormente la síntesis de toda la información recopilada en la investigación de campo y fuentes bibliográficas, así como también del estudio de casos, permitiéndome realizar el análisis cualitativo de encuestas y entrevistas, desmenuzando cada uno de los aspectos que directa o indirectamente están relacionados con los derechos del niño, niña y adolescente.

Procedimiento

Utilice los procedimientos de observación análisis y síntesis en la investigación jurídica propuesta, auxiliándome de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico y documental y de técnicas de acopio empírico como la encuesta y la entrevista. Así mismo utilizo el internet para obtener información importante con respecto a la tenencia única del niño, niña y adolescente.

Técnicas

La investigación de campo se concretó en encuestas y entrevistas a, profesionales del derecho conocedores del tema, en un número de treinta encuestados, y entrevistas Juez en el Derecho de Familia e integrantes de la Junta cantonal de la niñez, en un número de diez entrevistados. En ambas técnicas se plantearon

cuestionarios y preguntas derivados de la hipótesis general cuya operativización partió de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentan en tablas, con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que han sido analizados y comentados concienzudamente por el autor y los mismos que sirvieron de base para la verificación de objetivos e hipótesis que determinaron las conclusiones y recomendaciones. En definitiva la investigación fue bibliográfica, documental, de campo y comparativamente con la de otros países, para encontrar normas jurídicas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, para de esta forma compararlo y descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejanzas en lo referente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de las figuras jurídicas que les protegen.

6. RESULTADOS

RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

Con el fin de obtener resultados que me permitan fundamentar la investigación sobre bases no sólo teóricas sino también empíricas y sean éstos un verdadero aporte para arribar a las conclusiones y recomendaciones con argumentos jurídicos en el trabajo de investigación propuesto, aceptado y aprobado, procedí a aplicar una encuesta con cinco interrogantes, a treinta profesionales del derecho así como a quienes están inmersas directamente en lo que tiene que ver con la tenencia compartida.

El acopio de información, procesamiento y resultados de la investigación de campo misma se detallada a continuación:

Primera Pregunta:

¿Que opinión le merece, sobre la Institución de la Tenencia Única en el derecho de familia?

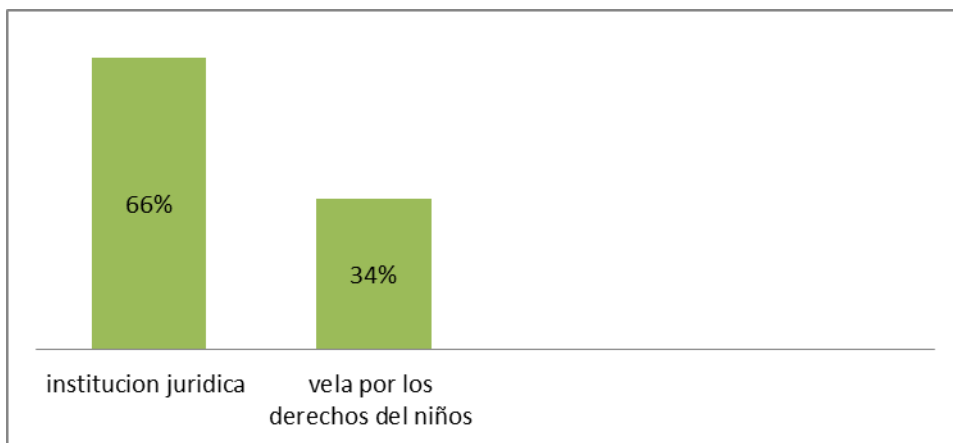
Cuadro Nº 1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Institución Protectora del Niño	10	34%
Vela por los intereses del niño	20	66%
TOTAL	30	100%

Fuente: La Encuesta

Autor: Ramón Patricio Martínez Martínez

Gráfico N° 1



Interpretacion.

El 66% de la poblacion encuestada manifiesta que es una Institucion juridica, el 34% de la poblacion restante indica que vela por los derechos del menor.

Analisis.

Analizando esta pregunta; se puede decir el Derecho de familia, esta enmarcado en la Costitucion de la Republica, elCodigo de la Niñez y Adolescencia y leyes suplementarias, cuya finalidad es proteger al niño, niña y adolescente , amparando su derechos con instituciones juridicas como es la tenencia del niño, niña y adolescente , la cual mediante resolucion la puede obtener su padre o madre. Asi mismo es una institucion que ampara directamente los derechos del niño, niña y adolescente.

Segunda Pregunta:

¿Estaría usted de acuerdo que se reformara el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar a su desarrollo integral de su personalidad en un marco de equidad y libertad?

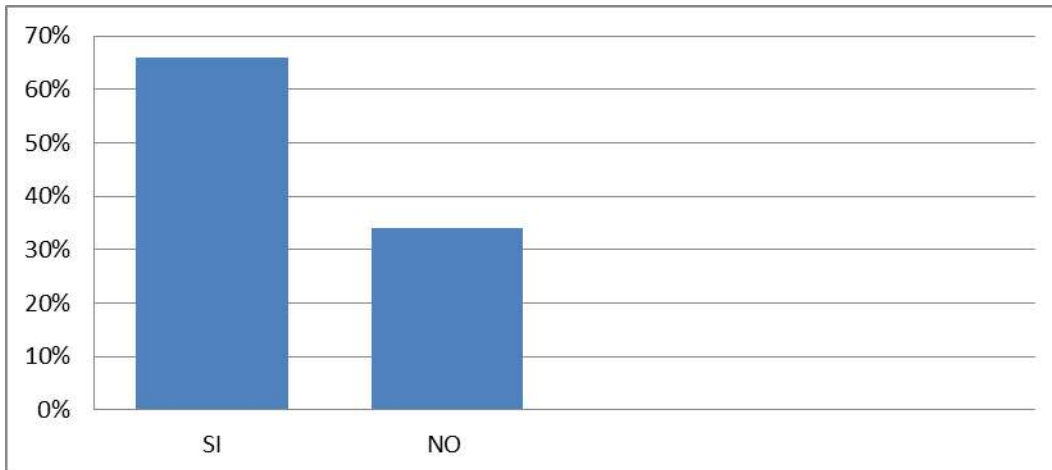
Cuadro N° 2

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	66%
No	10	34%
TOTAL	30	100%

Fuente: La Encuesta

Autor: Ramón Patricio Martínez Martínez

Gráfico N° 2



Interpretación.

El 66% de la población encuestada están de acuerdo que se reforme el art. 118 del código de la Niñez y Adolescencia. El 34% de la población restante no están de acuerdo.

Análisis.

Dando un análisis , el problema de la tenencia única en la sociedad actual, afecta en la relación familiar , ya que el padre se ve afectado en la comunicación con el hijo , entonces sería factible que se dé, para que el niño o niña o adolescente tenga su capacidad y libertad, y de esa manera se ampara su desarrollo integral como la propia Constitución de la Republica lo menciona y así mismo obtendría el cariño de sus dos progenitores y tendría un mejor desarrollo.

Tercera Pregunta:

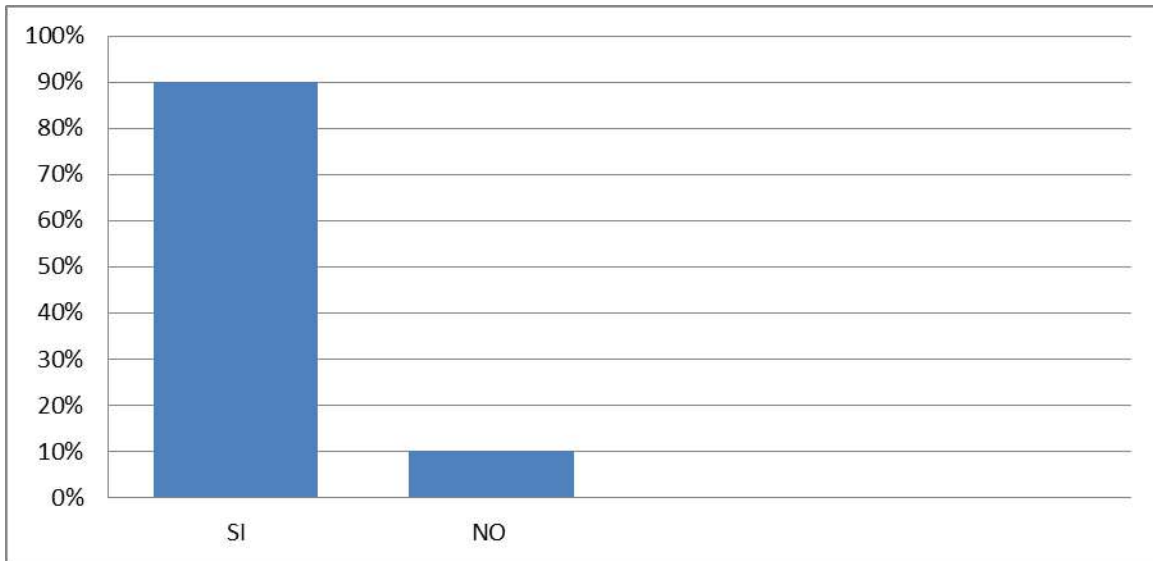
¿Cree usted que la tenencia única afecta al desarrollo integral del niño, niña y adolescente y vea a su padre como un sujeto pasivo en su vida diaria. ?

Cuadro N° 3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: La Encuesta
Autor: Ramón Patricio Martínez Martínez

Gráfico N° 3.



Interpretación.

El 90%, de la población encuestada indican que si afecta al desarrollo del niño y el 10% de población restante exponen que no afecta.

Análisis.

La tenencia única afecta directamente al desarrollo integral del niño, por lo que al no tener la presencia el niño , niña y adolescente de su padre o a su madre crece en un ambiente de alejamiento a su progenitor, así mismo la tenencia debería de ser de ambos padres ;ya que es muy importante que se desarrolle junto a ellos porque en muchos casos la madre se convierte en padre y ,madre y sobre todo en la cabeza del hogar.

Cuarta Pregunta:

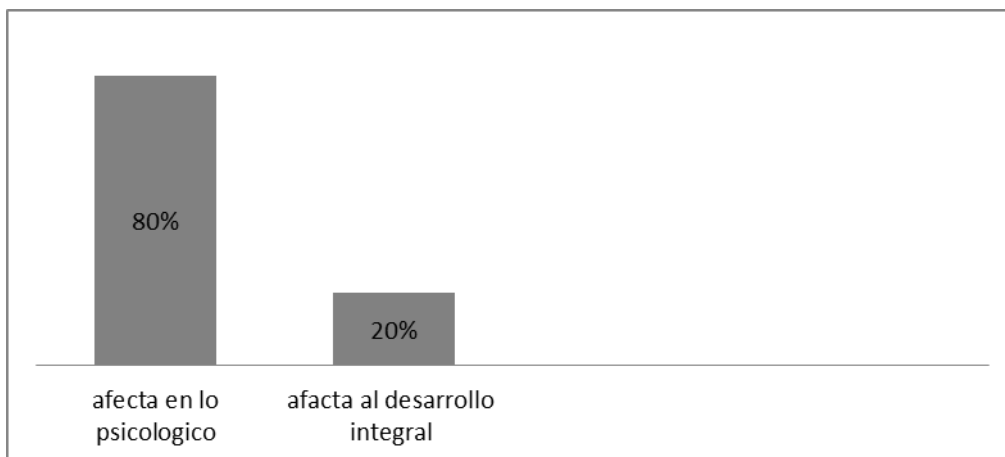
¿Que falencias usted encuentra en la Institución de la Tenencia Única?

Cuadro N° 4

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Afecta lo Psicológico	24	80%
Afecta al desarrollo integral del menor	6	20%
TOTAL	30	100%

Fuente: La Encuesta
Autor: Ramón Patricio Martínez Martínez

Gráfico N° 4



Interpretación.

El 80%, de la población encuestada revelan que una de las falencias es el daño psicológico y el 20% de la población restante que afecta al desarrollo del niño.

Análisis.

Es necesario tomar respuestas de las personas encuestadas, ya que están apegadas al problema de estudio, y la implementación en nuestra legislación la tenencia compartida; ya que la tenencia única tiene falencias como el daño psicológico ocasionado al menor, daño que durara toda su vida, ya al no tener presente a su padre o su madre el menor no comparte su vida daría con el. De la misma manera el desarrollo integral del menor es afectado ya la propia Ley, ampara al menor bajo este principio, en su totalidad.

Quinta Pregunta:

¿Que recomendaciones daría usted para la buena aplicación de la institución de la Tenencia en nuestro país?

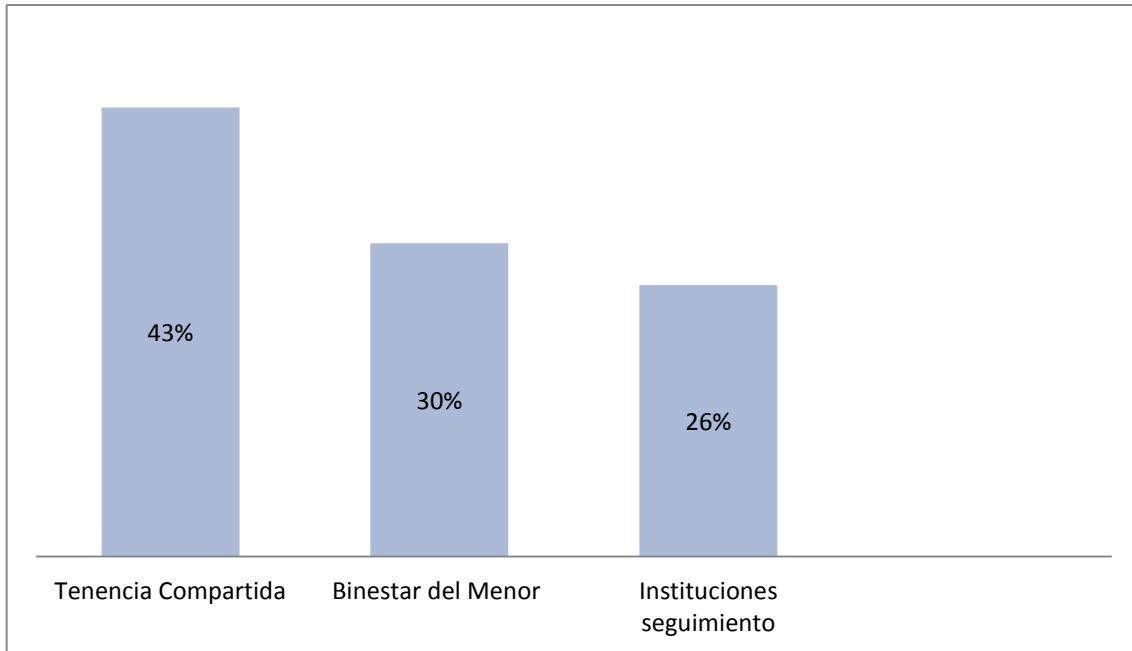
Cuadro N° 5

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Que se de la tenencia compartida	13	43.33%
Velar por el bienestar del menor.	9	30%
Seguimiento por parte de la Instituciones que velan por el derecho de los niños.	8	26,67%
TOTAL	30	100%

Fuente: La Encuesta

Autor: Ramón Patricio Martínez Martínez

Grafico N.- 5



Interpretación.

El 43.33% de la población encuestada indican que se dé la Tenencia Compartida, el 30% exponen que se vele por el bienestar del niño, niña y adolescente y finalmente el 26.67%manifiestan que debe existir un seguimiento.

Análisis

Interpretando esta pregunta considero necesario que la recomendaciones dadas por parte de la población encuestada, son necesaria en nuestra legislación, ya la tenencia compartida ampara los tanto los derechos del menor, y de los padres, así mismo vela por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, con el seguimiento de la instituciones que amparan los derechos del menor, con apego en la Ley.

RESULTADOS DE LA ENTREVISTA.

ENTREVISTA N° 1. Aplicada al señor Juez del Juzgado primero de la Niñez y Adolescencia de Loja.

PRIMERA PREGUNTA

¿Cómo autoridad que administra justicia, cuál es su perspectiva respecto a la institución de la tenencia única?

Respuesta:

“Bueno la Institución de la Tenencia Única es una institución que ampara los derechos del niño y así mismo hace cumplir con las obligaciones de los padres.”

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Al momento de darse la tenencia del menor a unos de sus padres que falencias considera usted que existe?

Respuesta:

“La principal falencia que existe, en ciertos casos es la situación económica del conyugue al que se le otorga la tenencia, claro siempre y cuando respetando el intereses superior del menor, que es desarrollo Integral.”

TERCERA PREGUNTA:

¿Con la tenencia única se está afectando al desarrollo integral del menor y calificando al otro conyugue como un ente pasivo en la convivencia del menor; qué opinión le merece al respecto?

Respuesta:

“Es así, por lo que la tenencia implica la perdida de la custodia del menor y respecto que al otro conyugue se convierte en un ente pasivo, eso es verdad, pero el también pasa las obligaciones señaladas en la Ley.”

CUARTA PREGUNTA

¿Qué criterio le merece a usted la implementación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Respuesta:

“Sería muy factible para los padres esta Institución, y estoy de acuerdo ya que se respetaría los principios del Derecho de Familia, y se estaría avanzando en nuestra legislación, ya que en el Perú si existe esta Institución de Carácter familiar y protectora de los derechos del menor.”

QUINTA PREGUNTA.

¿Qué recomendaciones daría usted para la mejor aplicación de la Institución de la Tenencia de los hijos?

Respuesta.

“Una de mis recomendaciones sería la implementación de la Tenencia Compartida.”

En la entrevista se considera que el funcionario está de acuerdo con la implementación de la Tenencia Compartida, según él es una Institución más completa y protege más a los derechos de los niños, así mismo sabe el problema que ocasiona la tenencia única al menor en el ámbito psicológico.

ENTREVISTA N° 2. A Funcionaria de la Corte de Justicia de Loja.

PRIMERA PREGUNTA.

¿Cómo autoridad que administra justicia, cuál es su perspectiva respecto a la institución de la tenencia única?

Respuesta:

“La tenencia es una Institución que se menciona con la custodia del menor a uno de sus padres.”

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Al momento de darse la tenencia del menor a unos de sus padres que falencias considera usted que existe?

Respuesta:

“No se respeta el desarrollo integral del menor.”

TERCERA PREGUNTA.

¿Con la tenencia única se está afectando al desarrollo integral del menor y calificando al otro conyugue como un ente pasivo en la convivencia del menor; qué opinión le merece al respecto?

Respuesta:

“Claro que se afecta principalmente el derecho de tener comunicación con sus padres.”

CUARTA PREGUNTA.

¿Qué criterio le merece a usted la implementación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Respuesta:

“Es un Institución más completa y protege los derechos del menor.”

QUINTA PREGUNTA.

¿Qué recomendaciones daría usted para la mejor aplicación de la Institución de la Tenencia de los hijos?

Respuesta.

“A la función legislativa que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la institución de la tenencia, y que exista más protección de los derechos del menor.”

Los Funcionarios que están contacto con la legislación, saben de la necesidad de reformar la Ley, principalmente en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es preciso indicar que también llama la atención a la función legislativa para que se preocupe de los derechos antes mencionados, ya que nuestra constitución ampara de manera general a los sectores sin defensa alguna, una de ellas son los niños.

ENTREVISTA N° 3. A un profesional del derecho en libre ejercicio.

PRIMERA PREGUNTA.

¿Cómo Funcionario, cuál es su perspectiva respecto a la institución de la tenencia única?

Respuesta.

“La institución de la tenencia única ampara los derechos del menor, pero en la actualidad la mala administración de justicia, no hacen respetar los derechos del

menor o adolescente, por ello los señores jueces les dan la custodia a quien le presiona, y no respetan los principios del Derecho de Familia.”

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Al momento de darse la tenencia del menor a unos de sus padres que falencias considera usted que existe?

Respuesta:

“Muchas, pero la principal es el no convivir con sus padre o madre que no tiene la tenencia.”

TERCERA PREGUNTA:

¿Con la tenencia única se está afectando al desarrollo integral del menor y calificando al otro conyugue como un ente pasivo en la convivencia del menor; qué opinión le merece al respecto?

Respuesta:

“Eso es verdad lo que me pregunta, ya que en el diario vivir del menor, no lo ve a su padre, y en el proceso de crecimiento no va tener la plena confianza a su padre o madre que no está al lado de él.”

CUARTA PREGUNTA.

¿Qué criterio le merece a usted la implementación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia?

Respuesta:

“Es una figura jurídica muy conocida en el derecho comparado, y yo si estaría de acuerdo que se implemente en nuestro régimen jurídico, esta institución de carácter familiar.”

QUINTA PREGUNTA.

¿Qué recomendaciones daría usted para la mejor aplicación de la Institución de la Tenencia de los hijos?

Respuesta.

“Una profunda investigación para que los intereses primarios del menor, no sean vulnerados, y que se implemente la Tenencia Compartida.”

En ciertos casos, los funcionarios judiciales no respetan el interés superior del niño, en los procesos que siguen de esta clase para obtener la tenencia es muy pavoroso ya que se llama a intervenir a los hijos para ver con quien se quedan, esto es algo absurdo porque ellos no saben de problemas de sus padres. , más bien debe ser le tenencia compartida.

7. DISCUSIÓN

VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Una vez concluida y analizada la revisión literaria, así como también los resultados obtenidos en la investigación de campo procedo a verificar los objetivos planteados al inicio de la problemática.

Objetivo General:

- ***Realizar un estudio crítico, doctrinario y jurídico acerca de la tenencia única y compartida y la regulación de derechos en el ámbito tutelar familiar.***

Este objetivo se cumplió a cabalidad a lo largo de toda la investigación de manera especial en la revisión de literatura, por lo que realice un análisis teórico, doctrinario y jurídico de la tenencia única y compartida, aportando con críticas personales.

De manera específica queda verificado en el marco jurídico en donde realice un análisis completo de la normativa existente tanto nacional como internacional referente a la tenencia única del menor y a la tenencia compartida y de cómo se afecta a los derechos de los niños, además de hacer una comparación con la legislación de Perú y Argentina , y también, en el marco doctrinario en el cual efectúe un análisis de los pro y contras que esta acción trae con sígo; de la misma

manera los resultados obtenidos en la investigación de campo, la misma que incluye la aplicación de la encuesta, entrevista, y el estudio de casos.

Objetivos Específicos:

- ***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 queda completamente verificado, en el desarrollo del marco jurídico donde se da la comparación con demás legislaciones de otros países sobre la tenencia única y compartida. De la misma manera con el marco doctrinario ya que estudia las diferentes teorías sobre el tema de investigación

- ***Análisis de los beneficios de la tenencia única y la tenencia compartida de los hijos entre los conyugues.***

La verificación de este objetivo lo pude evidenciar de manera positiva en el marco doctrinario al hacer un análisis de las dos instituciones, de los pros y benéficos que brindan para la protección de los Derechos de los Niños.

- ***Proponer reformas al Código de la Niñez y Adolescente en la institución de la tenencia con respecto a que se dé la tenencia compartida.***

Para evitar que se siga dando el irrespeto a los derechos del niño, niña y adolescente y así mismo de sus padres, se planteó una pregunta en la investigación de campo, que gracias al aporte valioso de los profesionales

encuestados y entrevistados, se planteó la reforma, al Código de la Niñez y Adolescencia, la cual establece: de la tenencia única del menor y la propuesta es de exista la tenencia compartida del menor.

HIPÓTESIS:

- ***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.***

La hipótesis en referencia ha sido comprobada de manera positiva gracias a la investigación de campo efectuada, la que incluye la aplicación de encuestas y entrevistas, además el estudio de casos. En este contexto cabe indicar que más del 80% de los entrevistados y encuestados consideran que la tenencia única si afecta a la convivencia familiar y comunitaria y al conyugue que no tiene la custodia de su hijo.

CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

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

De igual manera en el Art. 66 Derecho de libertad.- en su numeral 3.- “El derecho a la integridad personal, que incluye a) la integridad física, psicológica, moral y sexual.”

La Constitución de la Republica 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” .

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 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.

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”.

Titulo III

De la Tenencia:

Art. 118.- Procedencia.- “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargara su tenencia en las 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 convivencia señalada en el inciso anterior.”

ESTUDIO DE CASOS.

En la ciudad de Azul, a los 16 días del mes de Junio del año Dos Mil Nueve, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, habiéndose retirado del Acuerdo la Dra. Ana María De Benedictis (arts.47 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en los autos caratulados: “A., S. C/T., M. C. S/TENENCIA.” (CAUSA N°52.645)” y “T., M. C. C/A., S. S/TENENCIA” (CAUSA N° 52.645 bis), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr.GALDOS - Dr.PERALTA REYES –Dra.DE BENEDICTIS.

A LA PRIMERA CUESTION, el Doctor GALDÓS dijo:

1.- Entre las partes, S. A. A. y M. C. T., se tramitó el juicio de divorcio que tengo a la vista, autos caratulados “A., S. y T., M. s/ Divorcio” (Exp. N° 1796), radicado el 12/02/2002 ante el Juzgado de Paz Letrado de Benito Juárez. En el escrito inicial se acordó la tenencia a favor del padre, con un amplio régimen de visitas en provecho de la madre (fs. 8 vta.). La sentencia de divorcio se dictó el 21/05/2002 (fs. 30/31), homologándose el acuerdo sobre tenencia y régimen de visitas celebrado (fs. 15/16 y 25). Destaco que se estableció la tenencia a favor del padre por un plazo de once meses a partir del 28/02/2002 (fs. 15), previéndose que al fenecer el plazo las partes acordaran sobre ambas cuestiones. Posteriormente se hicieron ajustes relacionados con el régimen de visitas, previéndose situaciones.

El 25/03/2003 el padre de los menores promovió demanda ante el Juzgado de Paz Letrado de Benito Juárez, autos caratulados “A., S. c/ T., M. C. s/ Tenencia” (Exp. 49, luego Exp. 1795). Posteriormente, el 22/05/2003 la madre hizo otro tanto ante el Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué, autos caratulados “T., M. C. c/ A., S. s/ Tenencia” (Exp. 1794). Mediando recusación con causa los autos quedaron en definitiva radicados, y acumulados, ante el Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué (fs. 31 y fs. 32).

El señor S. A. A. demandó a la señora M. C. T., procurando se le otorgue la tenencia de sus hijos menores L. y C. (fs. 6/16 vta.). A su vez, la segunda demandó al primero persiguiendo el mismo fin (fs. 16/25). La señora Juez “a quo” dictó sentencia otorgando la tenencia en forma compartida a los progenitores; la misma resultó así dividida, en forma alternada, en el domicilio de cada uno, durante 15 días. Se impusieron las costas por su orden y regularon honorarios.

La señora Juez “a quo”, para así decidir la controversia, juzgó probado que las partes contrajeron matrimonio civil el 15/12/1994; naciendo de dicha unión L. A. el 07/05/97 y C. A. el 04/12/99 (fs. 5/7 y fs. 522 vta.). Destacó:

- Las partes, en la audiencia del 28/02/2002 (fs. 15/16 del exp. 1796), acordaron al padre la tenencia provisoria de L. y C. por el plazo de 11 meses, concediéndose a la madre un amplio régimen de visitas.

- Posteriormente, el 21/05/2002, se acordó que los menores almorzarían con su padre (fs. 43 del exp. 1796); señala la sentencia que se pactó que al término del plazo se acordaría la tenencia definitiva (fs. 522 vta.). Luego, el 21/05/2002 se

dictó sentencia de divorcio vincular homologándose, además, el convenio (fs. 30/31 del exp. 1796 y fs. 522 vta.).

- El 06/03/2003, vencido el plazo acordado para la tenencia provisoria otorgada al padre, se celebró la audiencia para establecer la tenencia definitiva; proponiéndose la tenencia compartida, lo que sería evaluado (fs. 523). El 18/03/2003, el padre se opuso a la tenencia compartida, por lo que se decidió mantener el régimen de tenencia provisoria hasta tanto se resuelvan las cuestiones planteadas (fs. 102 del exp. 1796 y fs. 523).

- Del expediente promovido por el padre la Sra.Juez de grado ponderó (fs. 523/528): a) el informe de la Guardería Travesuras (fs. 253 del exp. 1795); b) el informe del sacerdote M.T. con relación a la madre (fs. 306); c) el informe psicopedagógico con relación a los menores (fs. 20/28), agregado por el actor; d) el informe psicológico con relación a los menores (fs. 298/300); y con relación a la madre (fs. 301); d) el informe socio ambiental realizado en el domicilio de la madre, sito en Benito Juárez (fs. 303/305): e) el informe psicológico analítico con relación a la madre (fs. 302); f) el certificado médico con relación a la madre (fs. 46); g) la pericia ambiental en el domicilio de la madre (fs. 284); h) las declaraciones testimoniales de Troncoso (fs. 159/161); Hernández (fs. 162/164); Lúquez (fs. 165/166).

- Las pericias psicológicas al padre, madre e hijos, revelan datos de vital importancia y en función de tales estudios, agrega la Sra.Juez “a quo”, del interés concreto de los menores, del tiempo transcurrido que desplaza la preferencia

establecida por el art. 206 del C.C., la solución más adecuada es la tenencia compartida, necesaria para revertir el estado emocional desfavorable en que se encuentran los menores; siendo un sistema igualitario y familiar; permitiendo una mayor vinculación entre padres e hijos; no resultando afectado el principio de congruencia atento que ambos progenitores reclaman para sí la exclusiva (fs. 529/531).

1. Apeló el padre (fs. 548 expte.52.645), recurso que fue concedido libremente (fs. 549 expte. cit.). Fundado en tiempo y forma (fs. 571/576 expte. cit. 52.645), se dispuso la sustanciación (fs. 578 vta.), siendo contestado el traslado conferido a la apelada (fs. 583/586 vta. expte. cit.).

En el restante proceso acumulado (expte. 52.645 bis) se reitera esa impugnación (fs.83, 84, 87, 90/95, responde fs.97/100).

El apelante se agravia en ambos procesos, porque:

- La señora Juez “a quo” ha denegado la producción de prueba testimonial (fs. 136), medida que se reitera ante la Alzada; quejándose además de la actitud de la señora Asesora de Incapaces, quien consintió la reducción de prueba.

- Se ha seleccionado el material probatorio para formar convicción, soslayando el informe psicopedagógico de fs. 20 y ss., que fuera ratificado. Alega que gracias a la intervención del padre se produjo un cambio positivo y beneficioso para los hijos, situación que se mantiene en la actualidad, dado que con respecto a la madre no se han modificado las circunstancias que justificaron la activa participación del apelante en beneficio de los menores.

- No se ha ponderado que la conducta de la madre pone de manifiesto su inestabilidad emocional, dado que tiene la obsesión de la delgadez y para lograrla consume medicamentos tales como anfetaminas y laxantes; menciona el “Maxitratobes” y “Emotival”; lo que ha sido corroborado por la prueba rendida.

- La tenencia compartida es, en sí misma, una solución problemática. Según la sentencia los menores deben deambular entre dos viviendas cada quince días. La solución adecuada consiste en atribuir la tenencia al padre y fijar a favor de la madre un régimen de visitas adecuada y para que los hijos lo disfruten juntos.

- En la actualidad, ejerciendo la tenencia el padre, los hijos se encuentran bien, no requieren de terapia, tienen un buen desarrollo personal, se encuentran bien alimentados, se desempeñan bien en sus estudios y gozan del esparcimiento.

III. 2. A fs.593 (expte.52.645) y fs.103 (expte.52.645 bis) se llamaron autos para sentencia disponiéndose el contacto personal del Tribunal con los menores, medida que se efectivizó (fs.598 expte.52.645), encontrándose ambas causas en condiciones de ser resueltas.

IV. 1. Anticipo opinión en el sentido de que el recurso no puede prosperar. Y ello es así porque el agravio no puede conmover los sólidos argumentos de la sentencia toda vez que –por lo demás- no existe ningún elemento probatorio que revele la inidoneidad de la madre para el ejercicio de su derecho, a lo que se añade con valor coadyuvante los dichos de los menores, que fueron escuchados por el Tribunal (fs.598 expte.52.645).

2. Del cotejo de los hechos alegados en los escritos constitutivos del proceso resulta claro que el Sr. S.A. atribuyó a la madre de los niños –L. y C.- ineptitud para ejercer la tenencia de ambos. En cambio, ella se ha focalizado en la conveniencia e interés de los menores y en la necesidad que tiene como madre de pasar más tiempo con sus hijos. La prueba rendida, valorada adecuadamente en el fallo recurrido, descarta la alegación del padre y da cuenta de la idoneidad de la madre (arts.264 inc.2, 264 ter, 265 y concs. Cód.Civ.; arts.375 y 384 C.P.C.).

Veamos: Durante el ciclo lectivo 2002, (fs. 20), la psicopedagoga Alba Mariel Rossi realizó -extrajudicialmente-, el estudio de que da cuenta la documentación agregada por el actor (fs. 20/28 y fs. 218/226, causa 52.645). Se trata del informe efectuado cuando ya los menores habían convivido unos diez meses con el padre, quien ejercía la tenencia. Las conclusiones a las que arribó la experta (fs. 28), destacan, en distintos planos, los logros y aspectos positivos que se han derivado en el marco de esa convivencia: “cambios relevantes que generan en los menores las innovaciones aprehendidas en el hábitat familiar, las cuales se constituyen en el reaseguro de una vida emocional cualitativamente ponderable”.

Por su lado la Farmacia Dellavalle contestó el oficio que le dirigió el Juzgado y acompañó copias de las recetas archivadas que fueron presentadas por la madre de los menores para la adquisición de sus medicamentos, en fechas correspondientes a los años 2000, 2001 y 2002 (fs. 264/279). Se trata de recetas extendidas en los formularios que se utilizan para dispensar psicofármacos.

Con fecha 07/10/2002, a pedido de la madre, se produjo un informe psicológico con relación a los menores L. y C., de 5 y 3 años de edad para esa época. En su conclusión destaca “que cada uno de los niños. L. y C., expresan de modo inverso, la relación con la madre.” “Para ambos es imprescindible contar con la cercanía y la seguridad de la presencia materna, en un marco de estabilidad, dada su edad y sus circunstancias, para un adecuado desarrollo psíquico”. Con fecha 28/03/2003 (fs. 301), la experta dice haber visitado a la madre, a la que encontró en buen estado de salud mental, sus funciones psíquicas son normales y observó una disminución del monto de angustia reactiva con respecto al mes de octubre. Concluyó que está en condiciones psíquicas para hacerse cargo de sus hijos. Respecto de los niños, reitera que, por la edad y las necesidades propias de ellas, es aconsejable que vivan con la madre.

El 12/04/2003 (fs. 303/305), Rubén Oscar Rodríguez, en su condición de “Trabajador Social”, realizó un estudio y produjo un informe socio-ambiental en el domicilio correspondiente a la pareja conformada por la madre de los menores y el señor C.E.L. El informe es descriptivo, afirmándose que se observó muy buena relación entre los menores y los adultos en las tareas del hogar y en las actividades lúdicas.

La señora Asistente Social de este Departamento Judicial, M.H.L., presentó el informe, fechado el 21/11/2003 (fs. 283/284), cuando los menores seguían bajo la tenencia del padre y transcurrido ya casi un lapso de un año once meses desde la separación de los progenitores. Transcribo la conclusión final de la experta: “Familia con buena relación de acople paterno-filial, materno-filial, pero no así

entre la pareja, lo que va en desmedro del desarrollo socio-emocional de los menores. [...] “Por ende, considero oportuno, salvo mejor opinión, viabilizar como medida cautelar una pericia psicológica a los adultos involucrados cuya finalidad apuntaría, por un lado internalizar en los adultos que a pesar de la disolución del vínculo conyugal, los hijos requieren inexorablemente de la atención y contención de ambos padres, cuyo principio rector es mantener un diálogo fluido, lo que coadyuvaría a lograr un estado emocional saludable en los menores; por otro lado indagar el aspecto emocional de cada uno, lo que permitiría arribar a una resolución fidedigna sobre la temática que nos ocupa”.

Con fecha 02/12/2004, se realizó la pericia psiquiátrica encomendada a la doctora Cristina Garófalo, experta del Cuerpo de Médicos Psiquiatras de la Suprema Corte de Justicia (fs. 338/341 y ampliación de fs. 361/362), en la que debe destacarse que la madre “no adopta actitud crítica hacia el padre de sus hijos, a pesar de manifestar su intención de recuperar la tenencia de los menores.” [...] “Se descarta la presencia de actividad alucinatoria y/o ilusoria”. [...] “Emocionalmente estable durante el estudio. Volición conservada. Eutímica”. Estimo importante enfatizar que la perito se expidió en términos claros y concluyentes: “De la evaluación efectuada no surge la existencia de anorexia en la examinada”. [...] “No se observan indicadores de adicciones a sustancias”. [...] “No se detectan al momento de la presente evaluación psiquiátrica, indicadores de inmadurez emocional”. “Al momento de la pericia se la observa emocionalmente estable”. “No se observan a través de la evaluación de T., M. C., elementos que

contraindiquen que la misma detente la tenencia de sus hijos.” (arts.384 y 474 C.P.C.).

En la misma fecha, 02/12/2004, se expidió el doctor Carlos Eduardo Bachellerie, Perito del Cuerpo de Médicos Forenses de la Suprema Corte de Justicia (fs. 342/343 y ampliaciones de fs. 360 y vta. y 388). Describió a la madre como “lúcida ubicada en tiempo y espacio.” “Refiere haber tomado en el año 2001, en forma discontinua y por el lapso de un año, medicación adelgazante, las cuales tienen efectos de anfetaminas y ansiolíticos. Refiere haber sido indicada por médico especialista”. Precisó el experto que no consta en el examen clínico de la paciente que haya padecido anorexia o adicción a las anfetaminas u otro tipo de drogas.

El 21/07/2005 (fs. 389/391), la Psicóloga María Eugenia Navarro, del Cuerpo de Peritos de la Suprema Corte de Justicia, realizó el dictamen concerniente a la evaluación de M. C. T.. El extenso dictamen, también en la parte que interesa puntualizar, expresa que: “Teniendo en cuenta la evaluación realizada a la Sra. T., M. C., no se detectan indicadores en su funcionamiento psíquico que contraindiquen la convivencia con sus hijos.” “La evaluación psicológica de la Sra. T., M. C., permite afirmar que se encuentra apta para ejercer la función materna”.

La pericia psiquiátrica con relación al padre apelante se realizó el 21/06/2005 (fs. 392/394). Las expertas, Cristina Garófalo y M. Eugenia Navarro, médica psiquiatra y licenciada, coinciden en afirmar respecto de A. que se encontraba: “Emocionalmente estable al momento del presente estudio”. “Sensopercepción desarrollada que le permite captar estímulos provenientes de la realidad. Se

descarta la presente de actividad alucinatoria y/o ilusoria”. “No surgen indicadores de inmadurez emocional” “Aparecen indicadores de aspectos narcisistas, necesidad de recibir afecto así como de tener el control de las situaciones (Cuestionario desiderativo)” “Las pruebas gráficas muestran indicadores de represión normal, cautela, control de los impulsos, objetividad, capacidad de síntesis, sentimientos de inseguridad, aislamiento como defensa” “No surgen indicadores de trastornos de alimentación.” “Dentro de las características de su personalidad aparece una tendencia a la búsqueda de la perfección, lo que no excluiría el cuerpo”. “No surge de la evaluación una patología adictiva”. “No presenta signos de adicción al alcohol” “Existe correlación entre la madurez psíquica del actor y su edad cronológica”. “No surgen indicadores de inestabilidad psicológica” “En la personalidad y características de la conducta del actor, no surgen indicadores que tornen desaconsejable que el mismo ejerza la tenencia de los menores”.

Con fecha 30/10/2006 (fs. 472/477 vta.). la Lic. María Eugenia Navarro elaboró el dictamen que da cuenta de las evaluaciones realizadas a los menores C. (6 años) y L. A. (9 años). Con respecto a la niña la experticia indica que no surgen indicadores que justifiquen terapia o tratamiento psicológico. Se afirma que “C. tiene una representación internalizada del vínculo con ambos progenitores que en su generalidad es positiva. Transmite vivencias de bienestar en el vínculo con ambos y también de malestar, relacionadas con las versiones negativas que vierten respecto del otro, o las evidencias de tristeza que sobre todo en el padre aparecen frente a la exteriorización de su amor por la madre, según sus

percepciones”. En cuanto a L., “No se considera que deba ser sometido a tratamiento, dado que el estado emocional de L. depende de que sus padres no lo sometan a situaciones estresantes o altamente conflictivas. Si éstos no pueden hacerlo, requerirán ellos asistencia psicológica”. “L. transmite su vinculación con ambos progenitores, que en términos generales es positiva, más allá de la existencia de actitudes a revertir en ambos, expresadas en el punto d y desarrollo pericial”.

De los informes pedagógicos (fs. 485/494), resulta que la menor C. “...es una alumna responsable y dedicada en las actividades planteadas a diario, demostrando en los cuadernos de actividades la calidad de sus producciones. Es de destacar su participación y colaboración con el grupo de pares y adultos”. En cuanto a L., se emitieron opiniones sectorizadas por áreas (lengua, matemática, ciencias sociales y ciencias naturales); en todas ellas existen conclusiones positivas.

3. En fin, de la prueba analizada se desprende que, en la actualidad, ambos padres se encuentran en perfectas condiciones para ejercer la tenencia de sus hijos, no existiendo circunstancias que revelen la ineptitud de alguno de ellos ni su inconveniencia para los niños. No existe mérito para descalificar a uno de los progenitores en beneficio del otro para ejercer la tenencia, ni para apartarme de las comprobaciones médicas y psicológicas que dan cuenta de la plena aptitud de la madre (arts.384 y 474 C.P.C.).

A riesgo de resultar insistente y para dar respuesta al agravio concluyo que no se ha probado que la madre, padezca actualmente de inestabilidad emocional, ni que consuma medicamentos que provoquen adicción. Por el contrario, las experticias han sido concluyentes en punto a negar la existencia de indicadores que alerten sobre tales circunstancias potencialmente riesgosas para los niños (arts. 375, 384, 457, 474 y concs., C.P.C.C.).

4. Finalmente, y partiendo de que en materia de tenencia de menores corresponde atender al interés de los mismos, cabe ponderar con efectos coadyuvantes la espontánea manifestación de L. y de C., expuesta ante el Tribunal (conf. audiencia fs.598) de la que se desprende la conveniencia de confirmar el régimen de tenencia compartida decidida en la sentencia apelada.

Y si bien tales manifestaciones no son vinculantes para el Juez, no existe ningún dato objetivo para apartarse de las necesidades explicitadas en esa audiencia, atendiendo a su edad y maduración, lo que por otro lado es coincidente con lo informado por los dictámenes periciales analizados (fs. cit. supra). Sobre el tópico tiene dicho esta Sala en consideraciones que habré de reiterar que "es indiscutible en esta hora el reconocimiento de la normativa constitucional y supra constitucional sobre el derecho del menor a ser oído "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño..." y se garantiza su derecho "de expresar su opinión libremente en todos los asuntos (que lo) afecten teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones en función de su edad y madurez" (art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incs.1, y 2, art.75 inc.22 Const. Nacional; arts.264 ter Código Civil; Blanco, Luis Guillermo - Gavotti, Alicia Marta -

Polakiewicz, Marta, "Interés del menor: derecho de comunicación (visitas)", J.A., 1993-I-p.871; Risolía de Alcaro, María, "La opinión del niño y la defensa de sus derechos", en Grosman, C., "Los derechos del niño en la familia", pág.257 y ss.).

Demás está destacar que la opinión de niños no es vinculante pero que por su edad, "su versión de los hechos, indicaciones y deseos, pueden ser ilustrativos para el Juez" (Zannoni, Eduardo, "Tratado de Derecho de Familia", Tº 2, p.695, Nº 1220; Grosman, Cecilia, "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia", E.D., 107-1011; ver: Gowland, Alberto, "Tenencia de hijos: criterios de atribución", L.L., 1984-C, p.929).

En caso similar la Corte Nacional resolvió que "la consulta a la voluntad y deseo de la niña, dada su edad, serán ponderadas de manera que sus legítimos afectos se vean fortalecidos y armonizados" (C.S., 5/9/89, "S.R.P." en Doctrina Judicial, Tº 1989-A, p.973 y apostilla de Gustavo Ferrari y en L.L., suplemento diario del 15/12/89, p.5). Esta es, además, la invariable doctrina legal de la Suprema Corte (S.C.B.A. Ac.87832, 28/7/2004 "Clatt, Gustavo c/Martínez, Susana s/Tenencia; Ac.78728, 2/5/2002, voto Dr.Pettigiani "Suárez de Ramos, Silvana c/Ramos, Julio s/Divorcio contradictorio"; Ac.72890, 19/2/2002, voto Dr.Hitters "González, Fernando s/Adopción").

"El niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide" (DoltoFrancoise, "Cuando los padres se separan", p.130 y ss.). La autora francesa recuerda que "la justicia no deberá olvidar que las medidas tomadas ... representan las condiciones para que el niño

sea autónomo en la adolescencia ... porque experimenta una dinámica evolutiva - que comienza a los 9 años- que implica que la decisión relativa a la custodia deberá poder ser revisada con frecuencia..." (aut.yob.cit., p.125; esta Sala causa N°42616, 4/06/01 "T.C. c/M.J. Incidente Tenencia y Régimen de Visitas").

En definitiva: las necesidades de L. y C. se atienden, más y mejor, con la atribución conjunta de su tenencia.

IV. La afirmación del apelante según la cual, la tenencia compartida es una solución problemática, no puede ser aceptada. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autoridad parental sobre los hijos menores, siendo ejercida por ambos en tanto y en cuanto, el grupo familiar convive como tal. La cuestión se plantea cuando padre y madre deciden poner fin a la vida en común mediante su separación física por mera separación personal, de hecho o divorcio. Es en tales circunstancias que la tenencia es un derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, desplazando al otro progenitor de dicha convivencia (cf. Lloveras, Nora, Voz "Tenencia de menores", en "Enciclopedia de Derecho de Familia", Lagomarsino - Salerno (directores), Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, T. III, págs. 734/36). Suele acontecer que padre y madre, autocompositivamente, resuelven la cuestión, definiendo mediante un acuerdo cuál de ellos ejercerá la tenencia y cuál dispondrá del régimen de visitas. Y en ese marco se han verificado casos en los cuales los padres, de común acuerdo, establecen un régimen de tenencia compartida, alternándose durante un cierto lapso en la guarda de los hijos menores (cf. Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", L.L, 1984-B-806; Medina, Graciela y Hollweck,

Mariana, “Importante precedente...”, L.L. Bs. As., 2001-1425). Empero el conflicto entre los padres no puede ser resuelto entre ambos cuando la solución debe implementarse heterocompositivamente, siendo en definitiva el órgano jurisdiccional competente quien solucione la controversia. La solución que normalmente se instrumenta por uno u otra vía ha sido conceptualizada como tenencia unipersonal, resultando posible según las normas atinentes del Código Civil (arts.. 206, 264 inciso 2°), pues en ellas se contemplan, precisamente, supuestos en los cuales la tenencia del hijo menor de edad se otorga a uno solo de los progenitores.

En el presente caso la tenencia compartida no resulta de un acuerdo, sino de una sentencia. No encuentro mérito ni fundamento legal para modificar tal solución (art. 19, Constitución Nacional). Sobre el tema, ya en anterior precedente, esta Sala recogió la viabilidad del ejercicio compartido o alternado de la tenencia cuando sostuvo que el ejercicio conjunto de la patria potestad y consiste, esencialmente, en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes, basándose en la indubitable necesidad del niño de contar con ambos progenitores, atendándose a las soluciones de raíz constitucional que atienden al interés superior del niño” (esta Sala, 4/6/2001, “T., C.A. c/ M., J.” con nota aprobatoria de Hollweck Mariana y Medina Graciela cit. L.L.Bs.As. 2001-1425). “Entre su ventajas se ha señalado que la tenencia compartida: permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos

padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos ; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él ; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual ." (Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", L.L. 1984-B-806"; Zalduendo, Martín "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", L.L. 2006-E-512; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A., 2002-III-1308; Schneider, Mariel, "Un fallo sobre tenencia compartida", L.L.Bs.As. 2001-1443; Mizrahi, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 421).

Finalmente señalo –porque no es un dato menor-, que los progenitores tienen su residencia habitual en la misma ciudad, Benito Juárez; es más, guardando una proximidad que facilita el cumplimiento del régimen tenencia compartida y alternada, según lo explicaron los niños en oportunidad de ser oídos en la audiencia del 18 de mayo del corriente. Al respecto, también dejo puntualizado

que ambos menores han expresado su agrado y la alegría, al saber que pueden convivir con el padre y la madre mudándose cada quince días.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido objeto de agravios.

8. CONCLUSIONES

Primera.- Que la tenencia única es una Institución que esta relacionada con el derecho de familia, basada en el cuidado y la protección del menor.

Segunda.- 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.

Tercera.- El desarrollo integral del menor tiene que estar amparado por sus padres, para de esa manera ayudar al menor en su crecimiento como persona.

Cuarta.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres y la tenencia es la custodia y guardia del menor o adolescente

Quinta.- Que con la tenencia única no se da cumplimiento con el derecho a que el niño tenga una comunicación con sus padres.

Sexta.- La principal falencia de la tenencia única es el daño psicológico que va ha tener el menor, por tener a un de sus padres en su diariom vivir.

Séptima.- La tenencia compartida es una institución que cuida y protege de forma general los derechos del niño y obliga a los dos conyugues en el cumplimiento de sus obligaciones como padres.

Octava.- La familia es la base y fundamento de toda sociedad cualquiera sea su naturaleza económica o política. Ella presenta el núcleo vital de la comunidad y de ella arranca la explicación del género humano, a través del tiempo.

9. RECOMENDACIONES.

Primera.- A los organismos encargados de proteger los derechos del niño se preocupen en aplicar y hacer cumplir la legislación vigente.

Segunda.- Al Ministerio de Inclusión Social y económica, elabore planes o talleres para ser dictados a los padres de familia, para de esa manera tengan conocimiento de los derechos y obligaciones que tienen.

Tercera.- A la función legisladora propongan reformas que tengan en cuenta el interés superior del niño y la protección de más general de los derechos del niño, niña y adolescente.

Cuarta.- A los juzgados de la niñez y adolescencia, que tengan un seguimiento eficaz a los niños que están bajo la custodia de su papá o de su mamá.

Quinta.- A los medios de comunicación que emitan información importante para el cuidado y protección de los derechos del niño y se difunda las consecuencias legales en caso de incumplir con la ley.

Sexta.- A las instituciones educativas que den a conocer a sus alumnos y alumnas los derechos que tienen los niños y la importancia de los mismos.

Séptima.- A la sociedad en general para que empecemos a denunciar cualquier acto que vaya en contra de los derechos de los niños ya que los niños son el presente de nuestro país.

PROPUESTA DE REFORMA.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que es deber del Estado proteger y garantizar los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, para todos los ecuatorianos y principalmente para los integrantes de la familia que comprende la célula de nuestra sociedad;

Que de conformidad con el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador determina que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos y oportunidades.

Que el Art. 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Que el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que de conformidad con el Art. 44 del mismo cuerpo. 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.

Que existe un vacío legal en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Título III de la tenencia del menor, respecto al desarrollo integral del niño, y el efecto legal que este debe surtir.

Que es necesario introducir una Reforma Legal para la aplicación de la Tenencia del niño, niña y adolescente tomando en cuenta el desarrollo integral.

En uso de la Atribuciones y Deberes que concede la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Art. 1. Refórmese el art 118 en lo siguiente.

Art. Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Art.A falta de acuerdo de los cónyuges, los hijos menores estarán a cargo de ambos padres, en tanto no medie fallo judicial adverso contra uno de ellos, de acuerdo con lo previsto por la legislación vigente.

La Presente Ley entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los-----, días del mes de ----- del año-----2012.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

1. 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.
2. AGUILAR, J.M. (2008) "Con mamá y con papá". - Ed.: Almuzara, Córdoba. España.
3. AGUILAR José María.- "Con mamá y con papá". Tomo II.- Edición.- Almuzara, 2008.- Córdoba - España.
4. Beatriz Salvar.- Los niños no se divorcian. Estudio psicológico: cómo preservar a los hijos antes, durante y después el divorcio. Buenos Aires: Beas, 1993.
5. BONED Germán.- Custodia compartida del menor.- Tomo II.- Edición centralita virtual.- 2009.- Buenos Aires – Argentina. .
6. CARRASCO PERERA Ángel.- Derecho de Familia (Casos. Reglas y Argumentos).- Ed. Dilex, 2006.
7. Código de Procedimiento Civil.
8. Código Civil.
9. Constitución de la República del Ecuador., Corporaciones de estudios y publicaciones Quito 2008.
10. Código de la Niñez y Adolescencia. / Corporaciones de estudios y publicaciones, Quito – Julio.- 2012.
11. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, novena edición actualizada, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.

12. Diccionario Jurídico Elemental, Cabanellas Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 1999..
13. Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955.
14. GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil.- Ediciones Porrúa.- Perú- Lima.- 2002.
15. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Tomo I.- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178.
16. GROSSMAN Cecilia Nudelman Vs. Ferrer Bolívar,- Patria Potestad y Custodia Compartida.- Editorial Ediar.- España- Barcelona
17. KRİKORIAN Marcelo.- Comentario acerca de la custodia compartida, Tomo I.- Edición Merchán – Argentina.
18. 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.
19. MIANI Adriana, especialidades en Derecho de Familia.- Ediciones Ediar- Buenos Aires- Argentina.
20. Pérez Miguel Ángel .- Custodia compartida entre los padres .Tomo I.- Edición .- Centrosperi.- 2010. Lima-Perú.
21. FERRARI J.L.- "Ser padres en el tercer milenio". Tomo I.- Ediciones del Canto Rodado 1999.- Mendoza, Argentina.

- 22.FERRARI J.L.- Padre amado o deseado, la nueva relación entre padres e hijos.- Tomo II.- Edición 2010.- Trillas.- México- México.
- 23.FERRARI J.L.- MARTÍNEZ Zicavo.- Padres separados, cómo criar juntos a sus hijos.- Tomo III. Edición Trillas, México- México.
- 24.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.
- 25.TRUCCO Julio.- Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida", Tomo II.- Ediciones B (Barcelona).- 2009 Barcelona- España.
- 26.PLACIDO V., Alex.- Manual de Derecho de Familia.- Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima. Marzo 2003
- 27..PLAÑÍOS Marcel y Rupert, Georges, Derecho Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México,1996.
- 28.RODRÍGUEZ REY, Taylor, Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia, en Revista Futuros, publicada por American número 9, vol. 3, 2005.
- 29.BERMUDES PATIA Manuel.- Comentarios a la Ley de Tenencia Compartida en el Perú.- Edición Cusco.- Perú- Lima .- 2010
- 30.Asociación PROJUSTICIA para damnificados por decisiones judiciales.. projusticia.es (ed.): «Custodia compartida». Consultado el 13 de diciembre de 2009
- 31.Miguel Ángel. centrosperi.com (ed.): «Custodia compartida» (documento de msword). Consultado el 14 de diciembre de 2009.

32. FERRARI, J.L. (1999) "Ser padres en el tercer milenio".- Ediciones del Canto Rodado.- Mendoza, Argentina.
33. FERRARI, J.L. (2010). "Padre amado o deseado, la nueva relación entre padres e hijos" Ed. Trillas- México.2007.
34. FERRARI, J.L.- Zicavo Martínez. "Padres separados, cómo criar juntos a sus hijos".- Ed. Trillas, México.
35. LLORENTE, Rodrigo.- "El régimen de visitas.-Revista de Derecho de Familia.- Madrid. Lex Nova.
36. TRUCCO Julio "Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida", Ediciones B (Barcelona) .- 2009.
37. ZICAVO, Naranjo.- "Para qué Sirve ser Padre, un libro sobre el divorcio y la Padrectomía".- Ediciones Universidad del Bío-Bío, Chile- Chile.- 2012.
38. ZICAVO, Naranjo.- "La Familia en el Siglo XXI: Investigaciones y reflexiones desde América Latina".- Ediciones Universidad del Bío-Bío, Chile.2010.
39. ZICAVO, Naranjo.- "Crianza Compartida, Síndrome de Alienación Parental y Padrectomía" Ed. Trillas, México- Mexico .- 2010.
40. <http://www.aaaalegalcenter.com/Joint.htm>, Code of Alabama,
41. <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>, Tex Family Code, chapter 153 – Conservatorship, possession and access,
42. <http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>.
43. <http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Ach55.pdf>.

11. ANEXOS.



Universidad Nacional de Loja

Área, Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho.

Sr. Abogado:

Con el afán de desarrollar mi Tesis previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de la República, acudo a Ud., para solicitarle que se sirva dar respuesta a las preguntas que a través de esta encuesta, presento a continuación, y cuya temática trata sobre **“Necesidad de reforma el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar a su desarrollo integral de la personalidad en un marco de equidad y libertad”** por lo que agradezco su gentil colaboración.

1.- **¿Que opinión la merece a usted sobre la institución de la tenencia única en el derecho de familia?**

.....
.....



Universidad nacional de Loja

Área, jurídica. Social y administrativa

Carrera de derecho.

Sr. Abogado:

Con el afán de desarrollar mi Tesis previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de la República, acudo a Ud., para solicitarle que se sirva dar respuesta a las siguientes preguntas, cuya temática trata sobre **“Necesidad de reforma el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar a su desarrollo integral de la personalidad en un marco de equidad y libertad”**, por lo que agradezco su gentil colaboración.

1.- ¿Como autoridad que administra justicia, cuál es su perspectiva respecto a la institución de la tenencia única?

.....
.....

2.- ¿Al momento de darse la tenencia del menor a unos de sus padres que falencias considera usted que existen?

.....
.....

3.- ¿Con la tenencia única se está afectando al desarrollo integral del menor y calificando al otro conyugue como un ente pasivo en la convivencia del menor qué opinión le merece al respecto?

.....
.....

4.- ¿Qué criterio le merece a usted la implementación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia?

.....

5.- Que recomendaciones daría usted para la mejor aplicación de la Institución de la Tenencia de Hijos?

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

PROYECTO DE TESIS.

1. TEMA:

Necesidad de reforma el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar a su desarrollo integral de la personalidad en un marco de equidad y libertad.

2. PROBLEMÁTICA.

La ley y la jurisprudencia establecen que para hijos menores 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". Generalmente es la madre quien queda con la tenencia de los hijos, y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican. Los "alimentos" en breve resultan insuficientes y la madre comienza a alienarse tratando de generar ingresos y de criar a la vez, volcando su ira contra su ex-cónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal.

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.

Es bien sabido que en nuestro país existe aún en la mente de los Jueces, la mala e inequívoca idea que la madre es la más "capacitada" para realizar la crianza de los hijos, y es por esa idea tan desfasada que la mayoría de veces la tenencia de los hijos es otorgada a las madres, sin tener en consideración al padre o la opinión del menor, ocasionando así que la responsabilidad de la crianza y la educación recaiga sólo en la persona de la madre y facilitando el desarrollado del síndrome de alienación parental, que ocurre cuando sólo uno de los padres tiene la tenencia de los hijos y es por ello que tiene la facilidad de manipularlos con ideas inequívocas del otro progenitor, creando de esa manera una mala relación entre el menor de edad y el padre o madre ausente; acción que es ya denominada como violencia familiar en legislaciones extranjeras.

A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un "visitante", le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personales.

Es así que durante el matrimonio la tenencia de los hijos comunes es compartida en ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos.

Cuando la pareja se divorcia el peor problema a resolver suele ser la tenencia de los hijos. 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.

Cuando se da la ruptura conyugal mediante el divorcio, se crea la familia monoparental, esta familia está conformada por uno de los padres con sus hijos, es decir la figura del jefe del hogar lo ejerce sólo uno de los padres, y será el deber del jefe del hogar el cuidar a sus hijos y por ende el de guiar al niño, niña o adolescente; mientras que el otro padre se limitará sólo a las visitas, a ser el visitante extemporáneo de sus propios hijos.

La tenencia es física mientras que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad.

De esa manera doy a conocer la problemática de la tenencia única, ya que la doctrina manifiesta que los padres son los que se divorcian mas no los hijos, por la misma razón hay que amparar el derecho al desarrollo integral del menor o adolescente así mismo el derecho a tener una familia y a su comunicación analizando este derecho que manifiesta la propia constitución que hace referencia a la familia ya que es el núcleo de la sociedad , conformado por su papá y su mamá quienes son la base para que exista una familia y así mismo para la conformación de la sociedad al momento de decir que los niños y adolescente tienen derecho a una comunicación con sus padres estoy hablando a que exista una comunicación con sus padres aunque estén separados, para que de esa manera el menor tenga como sujetos activos a las dos conyugues.

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.

Es necesario transcribir y analizar 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 en su articulado manifiesta lo siguiente.- Sección quinta.- Niñas, niños y adolescentes. “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”.

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 como persona. De la misma manera “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 garantizará 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; 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 acerca de sus progenitores o familiares ausentes , salvo que fuera perjudicial para su bienestar.” En cambio este artículo expone a que el menor tiene los mismo derechos que otras personas , con el cuidado integral física y psíquica es decir que el estado protegerá al menor del maltrato de sus padres y mala influencia de los mismos , es necesario manifestar que el menor en su crecimiento debe tener un desarrollo integral completo para que de esa manera colaborar en el crecimiento de la sociedad principalmente en ámbito laboral para que de esa manera se involucre en la sociedad económicamente activa.

Art. 66 Derecho de libertad.- en su numeral 3.- El derecho a la integridad personal, que incluye a) la integridad física, psicológica, moral y sexual.

Como manifestaba anteriormente la integridad del menor se refiere al trato que les da sus padres en su etapa de crecimiento ya que el estado sanciona el maltrato del menor y la utilización de actos ilícitos. Igualmente el “Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: en su numeral 1.- manifiesta que 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. De la misma manera el 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”. Este artículo menciona que tanto el padre como la madre están obligados al cuidado de menor en sus diferentes ámbitos es decir como la educación, la alimentación, el desarrollo integral, etc. El estado a los progenitores les califica de manera directa como los principales protectores y cuidadores del menor, así mismo los progenitores deben de cumplir con sus obligaciones y derechos con forma recíproca es decir que los dos deben de velar por su hijo , por la misma razón es importante recalcar que para el cumplimiento de los deberes y derechos de los padres cuando estén es el estado de divorcio, debe darse la tenencia compartida del menor ,para que de esa manera no descuiden el desarrollo integral del niño.

El Código de la Niñez y Adolescencia. En su Art. 9.- que habla sobre “ 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. 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”. Analizando este artículo puedo decir que la familia también es el núcleo de la sociedad y que está compuesta por su padre y su madre, ambos tienen la responsabilidad compartida en el menor, en la aplicación de sus obligaciones como progenitores y el cuidado íntegro del mismo, de la misma manera el Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia en las siguientes 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 convivencia señalada en el inciso anterior.

Con respecto al artículo anterior habla sobre la tenencia del menor la cual es concedida por un juez especializado en el derecho de familia, a uno de los progenitores que puede ser el padre o la madre, pero en la mayoría de los casos siempre es otorgado a la madre con el fin de que tenga el menor un cuidado y un desarrollo integral,

De esta manera doy a conocer los diferentes artículos que están estipulados en las normas pertinentes, para hacer conocer los mandatos constitucionales y del código de la niñez y adolescencia.

3. JUSTIFICACIÓN.

La Universidad Nacional de Loja, en su Área, Jurídica, Social y Administrativa, carrera de Derecho, permite que el egresado de la carrera de Derecho desarrolle su proyecto de tesis, por lo tanto preocupado por los problemas existentes en las diferentes ramas del derecho, en este caso mi persona ha encontrado un problema socio- jurídico- en la materia del Derecho de la Familia que afecta a los intereses del conyugue en el ámbito de la familia el cual es. “ Necesidad de reforma el Art. 118 del código de la niñez y la adolescencia respecto a que el menor tenga la tenencia compartida, para de esa manera ayudar a su desarrollo integral de la personalidad en un marco de equidad y libertad”, el mismo que tiene gran impacto social, ya que la constitución de la república del Ecuador manifiesta que 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; por lo que en la actualidad en la institución de la tenencia no cumple con el mandato constitucional es decir, con el derecho de disfrutar de la convivencia familiar, por que al momento de dar la tenencia del hijo a uno de sus conyugues, y prohibir que el otro conyugue este con él y velar por el crecimiento o desarrollo integral de su hijo, estamos limitando este derecho que al futuro será un problema psicológico para el niño o adolescente por que no crece con el calor paternal; pero si existe la tenencia compartida estaremos dando la oportunidad al conyugue que no tiene la custodia del menor para que se integre en el desarrollo de su hijo.

El presente proyecto de tesis, se justifica desde el punto de vista jurídico, debido al profundo estudio crítico que se realizara respecto a la incrementación de la tenencia compartida en el Código de la niñez y Adolescencias , además de un estudio de campo doctrinario y legal. Además 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.

El tema antes mencionado servirá académicamente para dar un estudio crítico, doctrinario y Jurídico de los problemas socio - jurídico – de carácter familiar que se desprenden de mala aplicación de los derechos.

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.

La investigación a realizarse es de transcendencia 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 mejor manera , para que los padres tengan responsabilidades con sus hijos al momento de estar separados así como también sus actos no afecten al desarrollo integral del menor .

El presente proceso investigativo tiene factibilidad real a las diferentes fuentes bibliográficas y de campo por ser un problema de actualidad y de vigencia , que permitirá determinar los problemas socio- jurídicos derivados de la aplicación , con el fin de que sea rectificadas en el sentido expuesto.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio crítico, doctrinario y jurídico acerca de la tenencia única y compartida y la regulación de derechos en el ámbito tutelar familiar.

4.2. 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.
- Análisis de los beneficios de la tenencia única y la tenencia compartida de los hijos entre los conyugues.
- Proponer reformas al Código de la Niñez y Adolescente en la institución de la tenencia con respecto a que se dé la tenencia compartida.

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.

6. MARCO TEORICO

Es necesario comenzar 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”⁵¹.

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

⁵¹ALBAN ESCOBRA FERNANDO, libro titulado EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, edición 2010.- Ecuador – Quito, pagina 22.

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.

ALBAN ESCOBRA 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”⁵².

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, 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

⁵²ALBAN ESCOBRA FERNANDO, libro titulado EL DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, edición 2010.- Ecuador – Quito, pagina 25.

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 esta 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”⁵³.

La coparentalidad no tiene una regulación específica en nuestra legislación.

La coparentalidad viene aplicándose de hecho como un medio efectivo para consolidar los vínculos de familia. Más que una institución legal debemos tender a crear 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. Si la coparentalidad, con un real estudio y correcta aplicación práctica, representa una alternativa para lograr este objetivo.

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. Por ello es necesario que exista la Tenencia Compartida, que consiste en dar a ambos padres la oportunidad de criar

⁵³ **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. Nº 116, mayo-agosto 2006. pp. 526.**

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.

Además de un acuerdo que beneficia a los hijos en su relación con los padres, la guardia o tenencia compartida , dispuesta por un juez o como una elección de la pareja, propone como principal ventaja la igualdad de derechos y obligaciones entre dos progenitores que han firmado su separación, divorcio o nulidad.

En el ámbito económico, las pensiones 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, tiene expresión en la declaración de la renta: 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 partes”⁵⁴.

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.

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.

⁵⁴BEATRIZ SALVAR.- en su obra. ESTUDIO PSICOLÓGICO: CÓMO PRESERVAR A LOS HIJOS ANTES, DURANTE Y DESPUÉS EL DIVORCIO. Edición Bass.- Argentina - Buenos Aires,- 1993. Pág.

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 República 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”.⁵⁵

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

⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador.- Edición Corporaciones de estudios y Publicaciones 2008. Quito-Ecuador

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 garantizará 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 acerca de sus progenitores o familiares ausentes , salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”⁵⁶

De igual manera en el Art. 66 Derecho de libertad.- en su numeral 3.- El derecho a la integridad personal, que incluye a) la integridad física, psicológica, moral y sexual.

⁵⁶Constitución de la republica del ecuador.- Edición Corporaciones de estudios y Publicaciones 2008. Quito-Ecuador

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”⁵⁷.

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 social, económica en nuestro país, así 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 adolescente.

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador.- Edición Corporaciones de estudios y Publicaciones 2008. Quito-Ecuador

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”⁵⁸.

Es decir que la tenencia de un hijo se la otorga a uno de sus padres sea el padre o la madre, para el cuidado y el desarrollo integral del menor, ya que la familia es el núcleo de la sociedad con respecto a la responsabilidad compartida así debe ser para dar cumplimiento con el mandato constitucional,

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”⁵⁹.

Titulo III

De la Tenencia:

Art. 118.- Procedencia.- “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hijo de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargara su tenencia en las 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

⁵⁸ Código de la Niñez y Adolescencia.- Edición Corporaciones de estudios y publicaciones.- 2012.- Quito-Ecuador.

⁵⁹ Código de la Niñez y Adolescencia.- Edición Corporaciones de estudios y publicaciones.- 2012.- Quito-Ecuador

convivencia señalada en el inciso anterior”.

Este artículo hace mención a la tenencia del menor, la cual es concedida a una de sus padres, con la finalidad de cuidar el interés superior del niño es decir el desarrollo integral del menor y hacer cumplir con las obligaciones de sus padres , pero los legisladores se descuidan de la parte paternal del menor , por al momento de darse la tenencia el hijo se queda con su madre , el padre se convierte en un sujeto pasivo para el hijo , y esto perjudica en lo psicológico del menor.

De esta manera doy a conocer los diferentes artículos que están estipulados en las normas pertinentes, para hacer conocer los mandatos constitucionales y del código de la niñez y adolescencia”⁶⁰.

La legislación peruana en el código de la niñez y adolescencia en sus artículos 81 y 84 manifiestan lo siguiente

Artículo 81º.- Tenencia

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.”

⁶⁰ Código de la Niñez y Adolescencia.- Edición Corporaciones de estudios y publicaciones.- 2012.- Quito-Ecuador

Artículo 84º.- Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

De lo anotado podemos decir que en el primer artículo modificado (art. 81) existen tres situaciones que se está previendo:

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 quien 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.

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:

- a. 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.

- b. 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.

c. 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.

Realizare 30 encuestas a: profesionales de Derecho, estudiantes, 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 mismo que está afectando los derechos delos niños y del conyugue. Aplicaremos 10 entrevistas a los funcionarios públicos como los jueces de la niñez y adolescencia, para de esta forma poder conocer desde el centro mismo del problema, así como también cuáles son sus criterios y que alternativas de soluciones nos puedan brindar.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo serán expuestos en el informe final el que contendrá la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos; y, culminare realizando la comprobación de los objetivos, y contrastación de hipótesis, para finalizar redactando las conclusiones, recomendaciones y elaborando los proyectos de reformas que sean necesarios para adecuar el régimen legal.

Esquema provisional del informe Final.

El informe final de la investigación socio. Jurídico propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 51 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traduciendo al Ingles; Introducción;

Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio- jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

✓ Acopio Teórico;

- a) Marco Conceptual; el hogar, el derecho de familia, los menores de edad, la tenencia única y la tenencia compartida, derecho a la integridad personal de los menores de edad, derecho al desarrollo integral del menor.
- b) Marco Jurídico; Constitucional, Civil y de Menores y derecho comparado.
- c) Criterios Doctrinarios; Consulta de autores y extranjeros.

✓ Acopio Empírico;

- a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas,
- b) Presentación y análisis de los resultados de la entrevistas; y,
- c) Presentación y análisis de estudios de casos.

✓ Síntesis de la investigación Jurídica;

- a) Indicadores de verificación de los objetivos,
- b) Contratación de las hipótesis,
- c) Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.
- d) Deducción de conclusiones,

e) Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. CRONOGRAMA.

ACTIVIDADES SEMANALES	2012 Septiembre				2012 Octubre				2012 Noviembre				2012 Diciembre				2012 Enero				2012 Febrero			
	Elaboración de la matriz problemática	x	x	x	X																			
Delimitación del problema					x	x																		
Elaboración del proyecto							x	x																
Presentación del proyecto									x	x														
Socialización del proyecto											x	x	x	x	x	x								
Ejecución de la investigación															x	x	x	x						
Relación de información investigación de campo																			x	x				
Borrador informe final																					x	x		
Corrección del informe																						x		
Presentación y socialización y defensa del informe final de la investigación o tesis																						x	X	

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

En toda investigación, se hace necesario contar con recursos económicos, materiales y humanos que permite la ejecución y desarrollo de mi investigación a efectuarse, en este ítem, presento los recursos que requiriera para realizar mi investigación:

RECURSOS HUMANOS

1. Director de la tesis de Grado
2. Sr. Ramón Patricio Martínez Martínez.

RECURSOS MATERIALES

Para la siguiente investigación se procederá a recolectar información de algunos libros, enciclopedias, textos universitarios, folletos. Trípticos, etc. que tengan relación con el presente tema de investigación.

En esta investigación se utilizara diferentes recursos didácticos y materiales:

RECURSOS DIDACTICOS:

- ❖ Constitución de la República del Ecuador.
- ❖ Código de la Niñez y Adolescencia.

- ❖ Código de procedimiento civil
- ❖ Código Civil.

RECURSOS BIBLIOTECARIOS.

- ❖ Biblioteca de la Carrera de Derecho
- ❖ Biblioteca de Corte Provincial de Loja.
- ❖ Internet.
- ❖ Libros.
- ❖ Revistas.

RECURSOS FINANCIEROS

○ Materiales de escritorio	500.00
○ Bibliografías especializadas	100.00
○ Contratación de internet	100.00
○ Transporte y movilización	100.00
○ Reproducción del informe final	100.00

TOTAL	900.00
--------------	--------

En total de gastos asciende a la suma de **NOVECIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS** que serán financiados por mi persona.

10. BIBLIOGRAFÍA.

1. 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.
2. BONED Germán.- Custodia compartida del menor.- Tomo II.- Edición centralita virtual.- 2009.- Buenos Aires – Argentina. .
3. Beatriz Salvar.- Los niños no se divorcian. Estudio psicológico: cómo preservar a los hijos antes, durante y después el divorcio. Buenos Aires: Beas, 1993.
4. Código de Procedimiento Civil.
5. Código Civil.
6. Constitución de la República del Ecuador., Corporaciones de estudios y publicaciones Quito 2008.
7. Código de la Niñez y Adolescencia. / Corporaciones de estudios y publicaciones, Quito – Julio.- 2012.
8. Diccionario Jurídico Elemental, Cabanellas Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 1999..
9. KRIKORIAN Marcelo.- Comentario acerca de la custodia compartida, Tomo I.- Edición Merchán – Argentina.
10. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ María Victoria; y, HERRERA Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Tomo I.- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 178

11. 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, N° 116, mayo-agosto 2006. pp. 526.
12. Pérez Miguel Ángel .- Custodia compartida entre los padres .Tomo I.- Edición .- Centroesperi.- 2010. Lima-Perú.
13. http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=145.www.google.com
14. AGUILAR José María.- "Con mamá y con papá". Tomo II.- Edición.- Almuzara, 2008.- Córdoba - España.
15. FERRARI J.L.- "Ser padres en el tercer milenio". Tomo I.- Ediciones del Canto Rodado 1999.- Mendoza, Argentina.
16. FERRARI J.L.- Padre amado o deseado, la nueva relación entre padres e hijos.- Tomo II.- Edición 2010.- Trillas.- México- México.
17. FERRARI J.L.- MARTÍNEZ Zicavo.- Padres separados, cómo criar juntos a sus hijos.- Tomo III. Edición Trillas, México- México.
18. LLORENTE Rodrigo.- El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta.- Tomo I.- Ediciones Revista de Derecho de Familia. N° 33, Lex Nova.- 2006.- Madrid- España.
19. TRUCCO Julio.- Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida", Tomo II.- Ediciones B (Barcelona).- 2009 Barcelona- España.
20. ZICAVO Néstor.- Crianza Compartida, Síndrome de Alienación Parental y Padrectomía.- Tomo II.- Edición Trillas 2010 México

INDICE

Portada.....	I
Autorización	II
Autoría	III
Dedicatoria.....	IV
Agradecimiento.....	V
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
5. MATERIALES Y METODOS.....	100
6. RESULTADOS.....	104
7. DISCUSIÓN.....	119
8. CONCLUSIONES.....	141
9. RECOMENDACIONES.....	143
10. BIBLIOGRAFÍA.....	147
11. ANEXOS.....	151
INDICE.....	192