



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE QUE SE IMPLEMENTE EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA, A FIN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y A MANTENER UNA BUENA RELACIÓN CON SUS PROGENITORES.”

Tesis previa a optar el grado de licenciado en jurisprudencia y título de Abogado

AUTOR:

GERARDO GEOVANNY SOTO GÁLVEZ.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. Sc. LUIS ALFREDO MOGROVEJO JARAMILLO.

LOJA – ECUADOR

2015

Dr. Mg. Sc.

Luis Alfredo Mogrovejo Jaramillo.

DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICA:

Que, he dirigido la presente tesis titulada: **“Necesidad de que se implemente en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida, a fin de garantizar los derechos de convivencia familiar y a mantener una buena relación con sus progenitores”** del señor **Gerardo Geovanny Soto Gálvez**, previo a optar el grado de licenciado en jurisprudencia y el título de Abogado, la tesis ha sido dirigida y revisada de acuerdo a las normas pertinentes, razón por la que me permito autorizar su presentación.

Loja, Julio del 2015.

Cédula: 1103706758

Fecha: Loja, julio del 2015



Dr. Luis Mogrovejo Jaramillo. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Gerardo Geovanny Soto Gálvez, declaro ser el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a mi director de tesis, a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

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

Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez.

Firma: _____

Cedula: 1103706758

Fecha: Loja, julio del 2015

Firma _____

Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez

Cedula: 1103706758

Dirección: Malacatos, Lauro Coronel y Pío Jaramillo

Correo electrónico: chilita-08@hotmail.com

Celular: 0979511627

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

Yo, Gerardo Geovanny Soto Gálvez, declaro ser autor de la tesis titulada "NECESIDAD DE QUE SE IMPLEMENTE EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA, A FIN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y A MANTENER UNA BUENA RELACIÓN CON SUS PROGENITORES", como requisito para optar por el grado de Abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el repositorio de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja a los 24 días del mes de julio del dos mil quince, firma el autor:

Firma. 
Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez.

Cedula: 1103706758

Dirección: Malacatos. Lauro Coronel y Pio Jaramillo

Correo electrónico: chilita-08@hotmail.com

Celular: 0979511627.

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de tesis: Dr. Luis Mogrovejo Jaramillo.

Tribunal de grado:

Presidente del tribunal: Dr. Ernesto Rafael González Pesantes, Mg. Sc.

Vocal: Dr. Guilber Rene Hurtado Herrera, Mg. Sc.

Vocal: Dr. Luis Aníbal Torres Jiménez, Mg. Sc.

DEDICATORIA

La presente tesis, la dedico con mucho cariño y gratitud, a mis queridos padres y a mis hermanas por ser el motivo por el cual he alcanzado una de mis principales metas en mi vida.

A mis amigos, compañeros y docentes que me han brindado su apoyo durante esta larga jornada, en especial al Dr. Servio Patricio González Chamba, por haberme compartido su sabiduría y haberme enseñado lo necesario para desenvolverme como profesional con honradez y ética profesional.

EL AUTOR

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia de mi imperecedero agradecimiento al Dr. Luis Alfredo Mogrovejo Jaramillo, por su acertada dirección en el presente trabajo de tesis, de igual manera a toda mi familia, amigos y compañeros quienes siempre confiaron en mí, gracias a todos los que formaron parte de este largo camino y de estos seis años de valiosa enseñanza.

EL AUTOR

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

1. TITULO:
2. RESUMEN.
 - 2.1. ABSTRACT.
3. INTRODUCCIÓN.
4. REVISIÓN DE LITERATURA.
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL.
 - 4.1.1. TENENCIA.
 - 4.1.2. TENENCIA COMPARTIDA
 - 4.1.3. CONVIVENCIA FAMILIAR.
 - 4.1.4. FILIACIÓN.
 - 4.1.5. CUIDADO.
 - 4.1.6. VIGILANCIA.
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO.
 - 4.2.1. LA TENENCIA Y LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.
 - 4.2.2. RESEÑA HISTÓRICA DE LA TENENCIA Y LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

- 4.2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TENENCIA COMPARTIDA.
- 4.2.4. CARACTERÍSTICAS Y BENEFICIOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA.
- 4.3. MARCO JURÍDICO.
 - 4.3.1. LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
 - 4.3.2. LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.
 - 4.3.3. LEGISLACIÓN COMPARADA.
 - 4.3.3.1. LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS.
 - 4.3.3.2. LEGISLACIÓN DE ESPAÑA
 - 4.3.3.3. LEGISLACIÓN DE ARGENTINA
- 5. MATERIALES Y MÉTODOS.
 - 5.1. MATERIALES UTILIZADOS.
 - 5.2. MÉTODOS.
- 6. RESULTADOS.
 - 6.1. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.
 - 6.2. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.
- 7. DISCUSIÓN.
 - 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.
 - 7.1.1. OBJETIVO GENERAL
 - 7.1.2. Objetivos específicos.
 - 7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.
 - 7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA.
- 8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.
- 9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.
10. BIBLIOGRAFÍA.
11. ANEXOS.

1. TITULO:

“NECESIDAD DE QUE SE IMPLEMENTE EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA, A FIN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y A MANTENER UNA BUENA RELACIÓN CON SUS PROGENITORES”

2. RESUMEN.

La tenencia regulada por nuestro Código de la Niñez Y Adolescencia se basa en un conjunto de deberes y derechos en relación con los hijos y sus bienes que la Ley les confiere a los padres.

Los padres tienen la obligación de estar con los hijos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

En la sociedad actual se ha visto casos de familias de padres separados ya sea por divorcio o por la simple voluntad de los padres, de tal manera que se deja desamparado a los menores, ya que su custodia y cuidado se le concedería a uno solo de sus padres por lo general a la madre que queda encargada de la crianza de sus hijos.

De esta manera se genera una ruptura total de los lazos y las relaciones familiares y afectivas entre padres e hijos, viéndose de esta manera limitada la tenencia del progenitor que se encuentra ausente del hogar.

Es de suma importancia para el desarrollo de los hijos que estos mantengan estrecha relación con ambos progenitores ya aunque estos se encuentren separados o no convivan bajo el mismo techo.

La aplicación de la tenencia compartida de los hijos cuyos padres se encuentren separados ayudaría a fomentar la unificación familiar y fortalecer los lazos afectivos entre padres e hijos.

La tenencia compartida beneficia directamente a los hijos menores de edad quienes se criaran y desarrollaran en un ambiente de confianza con cada uno de sus progenitores, lo cual ayudaría a solucionar problemas existentes o evitar aquellos que se puedan generar en el futuro.

Pero con la normativa legal vigente no es posible la aplicación de la tenencia compartida ya que la ley otorga este derecho exclusivamente a uno de los conyugues, el mismo que se encuentra en la obligación del cuidado y protección de sus hijos. Por esta razón es de suma importancia realizar una reforma legal que autorice la aplicación de la tenencia compartida en pos de garantizar los derechos de los menores, los mismos que son de orden público y atención prioritaria.

2.1 ABSTRACT.

The Custody governed by our Civil Code is based on a set of rights and duties in relation to children and their property that the Act gives parents.

Parents have an obligation to be with the children, care for, protect, feed, educate, ensure their full development, legally represent them and manage their property.

In today's society has seen cases of families separated parents either by divorce or by the mere will of the parents, so it is left helpless minors since their custody and care would be granted to only one of parents usually the mother who is responsible for raising their children.

Thus a total breakdown of ties and family and emotional relationships between parents and children, seeing this limited way parental rights of the parent who is away from home is generated.

It is of utmost importance for the development of children that they maintain close relationship with both parents and although they are separated or live together under one roof.

The implementation of the joint custody of children whose parents are separated help promote family unification and strengthen the bond between parents and children.

Joint custody directly benefits the minor children who are reared and developed in an atmosphere of trust with each of their parents, which would help to solve existing problems and avoid those that may arise in the future.

But with the current legislation it is not possible to implement joint custody since the law gives this right exclusively to one spouse, the same as is in the duty of care and protection of their children. It is therefore important to perform a legal reform to authorize the application of shared ownership towards ensuring the rights of children, they are of public order and priority.

3. INTRODUCCIÓN.

La propuesta de implementar la tenencia compartida en nuestro código de la niñez y adolescencia, constituye un derecho muy importante dentro del desarrollo tanto físico como mental del niño, además lo he seleccionado partiendo de la problemática que se produce por la ruptura de las relaciones familiares, ya que al otorgársele la tenencia única y exclusivamente a uno de los progenitores se está atentando contra dos de los primordiales derechos de los niños, niñas y adolescentes como son: derechos de convivencia familiar y a mantener una buena relación con sus progenitores.

El presente trabajo de tesis se encuentra estructurado de la siguiente manera: resumen en castellano y traducido al inglés, con la respectiva introducción al tema. Así mismo, una revisión literaria, que consta de un marco conceptual, estructurado de la siguiente manera: conceptos básicos tales como, tenencia, tenencia compartida, convivencia familiar, filiación, cuidado y vigilancia. El marco doctrinario está compuesto inicialmente por: la tenencia y la patria potestad en Roma, reseña histórica de la tenencia y la patria potestad en la legislación Ecuatoriana, análisis crítico de la tenencia compartida, características y beneficios de la tenencia compartida. El Marco Jurídico, está conformado de: los derechos de convivencia familiar en la Constitución de la República del Ecuador; La tenencia y la patria potestad en el Código de la Niñez y Adolescencia, así mismo se realizó el análisis de legislación comparada entre tres de los países en los que se aplica la tenencia compartida como son:

Estados Unidos, España y Argentina. Además consta de un diagnóstico de la situación, de la cual se desprenden los resultados obtenidos de las encuestas que aplique en el número de 30 personas; así mismo de las entrevistas que realice a 5 profesionales conocedores del problema.

Luego en el epígrafe discusión, procedo a verificar, los objetivos y constatar la hipótesis propuesta en el proyecto de tesis, la que se ha centrado también en la fundamentación de la propuesta de reforma legal. En el punto materiales y métodos se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas utilizadas para la investigación de campo como: encuestas y entrevistas aplicadas, así como los resultados obtenidos de las mismas.

Finalmente considero que mi trabajo a no dudarlo se constituya en un aporte a los estudiantes de las carreras de derecho además se ponga a consideración de las autoridades académicas y de la comunidad en general las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 TENENCIA.

Para Guillermo Cabanellas, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual se refiere a la tenencia como: *“La guarda o custodia personal y la ayuda patrimonial. Imprescindible hasta la formación profesional de los hijos que les permite su plena autonomía”*.¹

Este concepto se refiere a la vigilancia cuidado y protección que los padres brindan a sus hijos hasta que estos puedan cumplir con una formación profesional la cual les que les permita brindarse su sustento propio sin prescindir de sus padres.

Para Sempertegui Walter y Aveiga Deisy, nos indican que la tenencia de menores es: *“El medio legal para que el padre o un tercero solicite la permanencia, cuidado y protección de los hijos (o menor de edad)”*²

Estos autores nos hablan más directamente de la acción judicial de la tenencia, en la cual uno de los dos progenitores que se encuentre privado de este derecho, una tercera persona allegada o familiar del menor solicite a la

¹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición XXV, Editorial Heliasta S.R.C, Tomo VIII, año 1997,

² SERPENTEGUI, y otros, Norma y Procedimiento, Aplicación del Código de Menores en el Ecuador primera edición, Editorial Estatal, Guayaquil, Año 1995, Pág. 49.

autoridad competente que le otorgue la tenencia del niño a fin de brindarle el cuidado, protección y vigilancia inherentes a su edad.

De acuerdo al derecho universal y a las normas jurídicas, la tenencia de menores se asemeja a la palabra tuición, y es así como los Diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española, así como la Enciclopedia Omeba y otros autores que los enunciaré posteriormente, toman esta similitud en sus definiciones.

Para el Tratadista Edmundo Fuchslocher Petersen, sobre la tuición nos dice: *“La tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a ciertas personas señaladas por la ley o por el juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad”*³

Como ya se lo ha mencionado la tenencia guarda mucha relación con la tuición la misma que abarca al conjunto de deberes y obligaciones de los padres para con los hijos, con respecto a las actividades que deben realizar para brindarle cuidado, protección y fomentar el desarrollo íntegro del menor de edad que se encuentra bajo su cuidado.

El Dr. Rubén Aguirre, se refiere al deber moral de la tuición de la siguiente manera: *“Del deber moral que ostenta la tuición, se desprende la enorme*

³ FUCHSLOCHER, Edmundo, Derecho de Menores de la Tuición, Editorial jurídico de Chile, año 1983, Pág. 24.

importancia que tiene la consideración de los atributos, cualidades o defectos que posee el presunto titular de este deber, su medio ambiente, costumbres y trabajo ya que ello influirá decisivamente en la vida que el pupilo llevará junto al guardador que se nombre, y no bastara de modo alguno que exhiba el título de padre o madre para reclamar su derecho aun frente a sus propios hijos, dicha elección resultara impropia e inconveniente para ejercerlo”⁴

Este autor nos menciona que no necesariamente el padre o la madre puede tener bajo su cuidado a un menor de edad, al efecto lo puede tener algún familiar a quien se lo denominara guardador, el mismo que tiene la responsabilidad de guiar a su pupilo a lo largo de su vida.

De las varias definiciones de tenencia posemos decir que: es el derecho que tiene un padre de perteneces y convivir conjuntamente con su hijo bajo el mismo techo, brindándole el respectivo cuidado y educación acorde a la edad del hijo menor de edad.

4.1.2 TENENCIA COMPARTIDA

Es de suma importancia conocer acerca de la tenencia compartida lo cual daremos a conocer algunos conceptos relevantes como son:

“La tenencia o custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen

⁴ AGUIRRE, Rubén, La tenencia de menores en el Ecuador. I Edición. Editorial Graficas Cárdenas. Quito. Pág. 36.

*la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”.*⁵

No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos. Este tipo de custodia la establece, en su caso, el juez, en la sentencia que dicte las medidas aplicables a la separación o divorcio.

*“Se denomina custodia compartida a la situación legal que establece que en caso de separación matrimonial de hecho o de divorcio, ambos progenitores, padre y madre, tienen la custodia legal de sus hijos menores de edad con las mismas condiciones y derechos”.*⁶

Esta figura se contrapone a la figura de la custodia monoparental, que es la usual en países de raigambre latina. En caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos. En algunos casos esta solución del conflicto pos conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Pero hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el

⁵ <http://www.custodiacompartida.org/content/view/10/35/>

⁶ <http://www.definicionabc.com/derecho/custodia-compartida.php#ixzz3L2NpHsQ9>

alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental en el menor y el dolor de éste por no contar con uno de sus progenitores.

“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”⁷.

La tenencia compartida permite a los padres divorciados llegar a un acuerdo razonable en el cuidado de sus hijos.

La tenencia compartida consiste en que tanto el padre como la madre que se divorcian, ejercen la tenencia en forma conjunta. Esto implica que, ambos compartan los días de la semana en forma alternativa con sus hijos.

4.1.3 CONVIVENCIA FAMILIAR.

“Convivencia es la acción de convivir (vivir en compañía de otro u otros). En su acepción más amplia, se trata de un concepto vinculado a la coexistencia pacífica y armoniosa de grupos humanos en un mismo espacio.”⁸

En sentido general convivencia significa vivir conjuntamente con otra u otras personas dentro de un mismo espacio determinado brindándose la ayuda y

⁷ <http://www.tenenciacompartida.com.ar/page2.html>

⁸ Definición de convivencia - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/convivencia/#ixzz3L2Xc7OZA>

respeto necesario para coexistir. La convivencia familiar es el ambiente de respeto, tolerancia y cooperación que se da entre los miembros de una familia. Es la condición de relacionarse con las demás personas a través de una comunicación permanente, fundamentada en el afecto y tolerancia que permite convivir y compartir en armonía las diferentes situaciones de la vida.

Los factores que favorecen a la convivencia familiar están en relacionar la práctica de valores en la vida cotidiana así como en la relación a la capacidad de todos los miembros de la familia para enfrentar positivamente los momentos o periodos de crisis o la presencia de problemas que afectan a cualquier familia.

Entre los factores que dificultan la convivencia familiar encontramos: la unión conyugal inauténtica no sustentada en el amor, la falta del padre o madre en el hogar, la falsa percepción de amor conyugal, el matrimonio obligado con falsas expectativas, prácticas de conductas antisociales y la desigualdad entre los miembros de la familia. Todos estos factores conllevan a un desequilibrio familiar que en la mayoría de las ocasiones termina con la separación o el divorcio.

La convivencia familiar conforma un factor de suma importancia para el desarrollo integral de los hijos que sienten el apoyo de ambos progenitores por igual y sin distinción alguna.

4.1.4 FILIACIÓN.

La palabra filiación proviene del latín: “filius”, ‘hijo’. *“La filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo”*⁹

Para este autor la filiación se deriva de la relación existente entre el hijo para con su padre o madre, por lo que vincula con estos para hacer efectivos sus derechos, tales como el derecho de identidad.

Para Cabanellas, filiación es *“Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales”*¹⁰.

Este concepto se refiere ampliamente a la filiación como una relación de sumisión u obediencia que se debe guardar entre personas o cosas para con sus superiores, a mi parecer este concepto es un tanto errado ya que por el hecho de que exista subordinación de una persona a otra no quiere decir que exista o se genere algún tipo de filiación entre ellos.

El escritor Jorge Sánchez, nos da a conocer que: *“La filiación es el vínculo de derecho que existe entre el padre y la madre y su hijo; paternidad y maternidad.”*¹¹ La filiación, es el vínculo jurídico que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra, si la relación se contempla

⁹ MORENO R., J.A., *“Derecho De Familia”*, Asunción, Paraguay: Ed. Intercontinental, 3ra, 2009, Pág. 519 Tomo II

¹⁰ CABANELLAS, de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. 2010. Pág. 169

¹¹ SANCHEZ, Cordero Dávila Jorge,. *Derecho Civil, introducción al derecho Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición. 1981. Pág. 116.

de la madre al hijo se llama filiación materna por el contrario si se contempla del padre al hijo se llama filiación paterna, la filiación es el punto de partida del parentesco, en cuanto a la filiación materna el parto permite conocer con certeza la relación biológica entre la madre y el hijo que ha dado a luz, en el caso de la filiación paterna solo puede ser conocida a través de presunciones (Ej. los hijos nacidos dentro del matrimonio), en caso de disputa, una vez que ha quedado probada la maternidad una serie de circunstancias de tiempo y lugar nos permite inferir que hombre ha engendrado a aquella persona cuya filiación se trata de establecer.

Una idea complementaria es la que dice, que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Clases de filiación.

Legítima.- *“Es el vínculo que supone que el padre y la madre son casados y que el hijo que tienen fue concebido durante el matrimonio, aunque puede darse el caso de que sea concebido antes del matrimonio, siempre y cuando que el nacimiento haya ocurrido durante el matrimonio. El momento de la concepción es determinante para la existencia de la filiación entre los tres sujetos antes mencionados.”*¹²

¹² <https://cursos.aiu.edu/Personas%20y%20Familia/PDF/Tema%205.pdf>

Este concepto nos da a conocer que la filiación legítima es un vínculo que los padres tienen para con el hijo, ya sea este concebido durante el matrimonio o fuera de este, pero da el caso que el nacimiento de niño debe ser dentro del matrimonio para que exista la filiación legítima.

Filiación Natural.- *“Este tipo de filiación presupone que no hay un vínculo matrimonial entre el padre y la madre, por lo que el hijo nace fuera de matrimonio y la filiación se da exclusivamente respecto de la madre por el hecho del nacimiento. Respecto del padre se establece la posibilidad de que haya un reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad, previo juicio seguido ante los tribunales familiares”*.¹³

En la filiación natural no existe un vínculo matrimonial por la cual la filiación se da a la madre, pero para que llegue a existir filiación paterna se la puede hacer voluntariamente por parte del padre o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Filiación Adoptiva.- *“Esta filiación es de naturaleza ficticia y por ende no es biológica, que es lo que marca la diferencia con los tipos de filiaciones precedentes, ya que es creada por un acto de voluntad del adoptante y del adoptado. En el Derecho Familiar es conocida como adopción simple, en*

¹³ <https://cursos.aiu.edu/Personas%20y%20Familia/PDF/Tema%205.pdf>

contraste con la adopción plena que tiene efectos absolutos: una asimilación total a la filiación legítima.”¹⁴

Este concepto nos da a entender que la filiación adoptiva no es biológica, ya que el niño o niña no es concebido durante el matrimonio ni fuera de este, simplemente es una adopción por parte de los padres.

4.1.5 CUIDADO.

“El cuidado implica ayudarse a uno mismo o a otro ser vivo, tratar de incrementar su bienestar y evitar que sufra algún perjuicio”.¹⁵ Esta definición implica que el cuidado es prestar la debida atención al bienestar de uno mismo o de otra persona con la finalidad de evitar daños futuros a su persona misma o a un tercero.

El cuidado personal de los hijos es *“lo que antes se conocía como “tuición”, y corresponde al cuidado personal de la crianza y educación de los hijos”¹⁶.*

Con lo referente al cuidado de los hijos, esto se refiere a todas aquellas diligencias que se deben realizar y tener en cuenta a fin de precautelar la integridad física, psicológica y sexual de los hijos con la finalidad de que se desarrollen en un ambiente propicio para realizar sus estudios y sus actividades propias de su edad.

¹⁴ <https://cursos.aiu.edu/Personas%20y%20Familia/PDF/Tema%205.pdf>

¹⁵ <http://definicion.de/cuidado/#ixzz3JWRSxz17>

¹⁶ <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/igualdad-de-padre-y-madre-en-el-cuidado-de-los-hijos>

Cuidado es un “*deber integrante de la patria potestad, no se reduce a prodigar los elementos materiales del resguardo físico, sino que comprende a la vez todo lo necesario para que la persona del hijo se forme en plenitud*”¹⁷.

A su vez el cuidado no significa únicamente el brindar seguridad físicamente a los hijos sino que también incluye el respectivo apoyo psicológico a fin de que sus hijos se formen en un ambiente equilibrado.

Si ambos padres están vivos, el cuidado personal de los hijos corresponde a los dos, este se basa en el principio de corresponsabilidad, según el cual, ambos padres, aunque vivan separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

El cuidado de los hijos menores de edad implica prestar a ellos todas aquellas atenciones que garanticen el bienestar y la integridad de los hijos.

4.1.6 VIGILANCIA.

Cabanellas define a la vigilancia como: “*cuidado, celo y diligencia que se pone o ha de ponerse en las cosas y asuntos de la propia incumbencia*”¹⁸. La

¹⁷ D ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. 1979. Pág 92.

vigilancia implica la debida atención que se le debe prestar a las cosas personales y a las personas que se encuentran bajo el cuidado de otra, con la finalidad de evitar que estos sufran algún daño o que provoquen alguno.

Vigilancia es la “Atención que se presta a una persona o cosa para observarla y controlarla y así evitar algún daño o peligro”¹⁹. Dentro del ámbito familiar, la vigilancia de padres hacia los hijos juega un rol muy importante ya que estos son responsables por las acciones que realicen los hijos que se encuentran bajo su cuidado y protección por lo que se encuentran en el deber de vigilar dichos actos a fin de evitar acciones que en el futuro repercutirían en contra de los padres.

Es así como se genera la denominada *culpa in vigilando* que es una expresión latina que puede traducirse como "culpa en la vigilancia". Se utiliza en el ámbito del Derecho y, en concreto, en la responsabilidad civil.

Reconocer la existencia de *culpa in vigilando* supone admitir que una persona es responsable de los actos que realiza otra sobre la que tiene un especial deber de vigilancia. Este concepto puede aplicarse al ámbito laboral, referido al empresario o empleador sobre sus empleados en el ámbito de su labor, pero es más habitual encontrarlo en el caso de padres o tutores con respecto a los menores de edad o incapacitados bajo su guarda y custodia.

¹⁸ CABANELLAS, de Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta 2010. Pag.408

¹⁹ <http://es.thefreedictionary.com/vigilancia>

El deber de vigilancia que los padres tiene sobre los hijos hace especial referencia a la obligación que tienen los padres de brindar especial cuidado y atención sobre los actos de sus hijos ya que los padres son responsables de las actuaciones de sus hijos menores de edad que estén bajo su responsabilidad y custodia.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 LA TENENCIA Y LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.

Como la mayoría de legislaciones de América Latina, una de las principales fuentes del derecho se evidencia del Derecho Romano y la legislación civil de nuestro país no podía ser la excepción.

De esta manera la tenencia y patria potestad también se encontraban reguladas en el Derecho Romano, las mismas que eran concebidas como un derecho del paterfamilias, el mismo que tenía incluso el derecho de decidir sobre la vida o muerte de sus hijos.

Dentro del Derecho Romano se conceptualizaba a la patria potestad como: “*El conjunto de poderes que el paterfamilias ejercía sobre las personas libres que constituían la comunidad familiar*”²⁰, al respecto el paterfamilias era una figura de autoridad dentro del entorno familiar que por lo general recaía sobre el padre de familia, incluso se llegó al caso de que la patria potestad se hacía extensiva a la mujer casada. De este modo los términos patria potestad en

²⁰ ARGUELLO, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano. Editorial Astrea. 1998. Tercera edición. Pág. 405

roma se utilizaban para representar la autoridad del padre sobre sus descendientes y sobre los extraños que se admitiera en la domus, por adopción, por adrogación o por legitimación.

En cuanto a la tenencia en roma se encontraba dirigida por las reglas propias del derecho romano que regulaban las relaciones de los ciudadanos romanos. Por ser una sociedad de sentido patriarcal la tenencia se encontraba ligada a una figura viril, ósea masculina que necesariamente debía tener la calidad de ciudadano romano, de la misma manera que las personas sometidas a la tenencia debían ser ciudadanos romanos.

De acuerdo los modos de adquisición de la tenencia y la patria potestad en Roma, el nacimiento era la principal manera de adquirirlas.

El nacimiento.- *“El nacimiento de un romano no se limitaba a ser un hecho biológico. Los recién nacidos no eran aceptados en sociedad sino en virtud de una decisión del jefe de familia.”*²¹

Una vez más se evidencia el poder o la potestad del pater para decidir si acoge o no al recién nacido en el seno de su hogar, práctica común era que el padre una vez que ha nacido el niño, lo levante del piso, este acto significaba aceptación y acogimiento por parte del padre hacia su hijo, en caso de no recoger al infante se sobre entendía que este era rechazado por el padre y por

²¹ <http://www.taringa.net/posts/info/3542949/Nacimiento-y-abandono-de-los-ninos-en-la-Antigua-Roma.html>

ende no formaría parte de la familia, en conciencia el menor era expuesto ante la puerta del domicilio o en algún basurero público y lo podía recoger quién lo deseara.

“El paterfamilias, que estaba asistido del derecho de integrar su familia en la forma que le agradara, podía hacer ingresar a ella a sus hijos nacidos fuera de matrimonio.”²²

De creerlo necesario el padre de familia tenía la potestad para ingresar a la familia a los hijos nacidos fuera del matrimonio, estos una vez ingresados a la familia tenían las mismas obligaciones que los hijos nacidos dentro del matrimonio, estos rasgos del derecho romano se han recogido en la civilización actual.

4.2.2 RESEÑA HISTÓRICA DE LA TENENCIA Y LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

A lo largo de los años en nuestro país se han venido dando leyes que regulaban las relaciones familiares, es así como a partir del primer Código Civil expedido por Decreto Supremo del Gobierno Provisorio el 29 de noviembre de 1859, establecía que le *“corresponde a la autoridad eclesiástica decidir sobre la valides del matrimonio que se va a contraer”*, ²³así mismo se establecía un trámite de divorcio que de la misma manera le correspondía a la autoridad

²² ARGUELLO, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano. Ob. Ct. Pág. 406

²³ Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1859. Artículo 100, pag, 50.

eclesiástica resolver, únicamente los referente a bienes de los cónyuges, libertad personal y crianza y educación de los hijos estaban regladas positivamente y las judicaturas civiles y eran competencia de la justicia ordinaria.

Ya que en aquella época la autoridad de la iglesia era una amplia, regulaba ciertas conductas civiles de los ciudadanos tales como el matrimonio y el divorcio, ya que sin la autorización del cura que celebraba la ceremonia, la pareja no podía contraer matrimonio por lo consiguiente todos los catos posteriores no tenían eficacia legal o eran nulos.

Posteriormente con la emisión del segundo Código Civil, pocas reformas se introdujeron y esa fue la razón de su corta existencia. Ya con la entrada en vigencia del tercer Código Civil se introdujo reformas sustanciales como la incorporación del matrimonio civil y el divorcio. Así mismo *“se dedicó un título a los hijos naturales, que eran aquellos nacidos fuera del matrimonio que no procedan de un dañado ayuntamiento, estos hijos podrá ser reconocido por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido, a su vez los padres eran designado como ilegítimos”*²⁴.

Con el pesar de los años y la evolución legislativa las leyes se fueron modernizando y a su vez se le fue quitando la potestad a la iglesia sobre

²⁴http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=6
3

algunas relaciones civiles, de esta manera se regulo ya el matrimonio civil y el divorcio estableciendo un tramites especifico que no incluía la participación de la iglesia en ningún momento. De la misma manera se reconocía el derecho a la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio siempre y cuando estos no sean producto de una relación que se encuentre prohibida por la ley como en el caso del adulterio.

“De la misma manera este código regulaba ya los alimentos que se debía a ciertas personas estableciendo que: Se deben alimentos 1 al cónyuge; 2 a los descendientes legítimos; 3 a los ascendientes legítimos; 4 a los hijos naturales y a su posteridad legítima; 5a los padres naturales; 6 a la madre ilegítima; 8 a los hijos ilegítimos, según el título XIV de este Libro; 7 a los hermanos legítimos; 9 al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiese sido rescindida o revocada; 10 al ex religioso que, por su exclaustación, no haya sido restituido en los bienes que, en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos”²⁵.

De la misma manera el Estado ya se encontraba en la obligación de precautelar los derechos de subsistencia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y de esta manera se regulo la prestación de alimentos estableciendo un orden especifico que indicaba las personas a quienes se debe alimentos de acuerdo a la legislación de la época, así se distinguía entre hijos naturales e hijos legítimos, y todos los demás miembros de la familia.

²⁵http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=6
3

En cuanto a la tenencia de los hijos consistía en otorgar el cuidado y protección de un menor a uno de los padres, esta actuación de que prefiere a aquel de los padre que muestre mayor responsabilidad limita las relaciones familiares del progenitor que se encuentra privado de la tenencia de su hijo, ya que el menos se relacionara plenamente con el progenitor que mantiene su tenencia mas no con aquel que se encuentra privado de la misma.

4.2.3 ANALISIS CRITICO DE LA LA TENENCIA COMPARTIDA.

La tenencia de los hijos menores también conocida como guarda o custodia según Ivars Ruiz es: *“la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”*²⁶

Este autor no da a conocer que la tenencia compartida operaria en casos de separación o divorcio, la establece como una situación legal ya que debe estar debidamente regulada en la correspondiente ley, la tenencia compartida otorga a ambos progenitores la oportunidad de ejercer los derechos que como padres les corresponden sobre sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones.

²⁶ IVARS RUIZ, J, Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2008, pág. 62.

Para Lathrop “*la guarda y custodia desarrolla la función de carácter personal de la patria potestad y su eje principal radica en el aspecto personal del cuidado de los hijos*”.²⁷ La autora distingue una acepción restringida de la guarda y custodia consistiendo ésta en el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia y otro más amplio consistente en el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo

La separación, la nulidad del matrimonio y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos, por esta razón a pesar de que la pareja se separe por cualquier motivo, sus deberes responsabilidades y obligaciones para con sus hijos siguen vigentes en igualdad de proporciones tanto para la madre como para el padre.

En caso de separación la patria potestad sigue vigente en ambos padres ya que no por el hecho de no convivir juntos no se limita la gran gama de derechos que abarca la patria potestad, esta solo puede ser privada o limita por la existencia de malos tratos, descuido, o grave peligro para los hijos.

En cambio la tenencia, es uno de los derechos que se ven limitados por la separación de la pareja, ya que por lo general la madre es quien se queda con sus hijos y es la encargada por velar por su cuidado y protección integra.

²⁷ LATHROP, Fabiola Gómez. Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid, 2008. Pág. 276.

Durante el matrimonio la tenencia de los hijos comunes es compartida. 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.

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

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.

La convivencia familia crea vínculos entre padres e hijos que favorecen el reconocimiento de similitud de intereses y la expresión de sentimientos que fortalecen los lazos familiares.

Al otorgarse la tenencia a uno solo de sus progenitores se está limitando las relaciones familiares entre los hijos y el conyugue que se encuentra separado del hogar, por lo tanto no se puede compartir experiencias, orientar guiar y aconsejar a los hijos, con la finalidad de guiarlos por un buen camino.

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.

4.2.4 CARACTERÍSTICAS Y BENEFICIOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA.

Beneficios.- La tenencia compartida tiene beneficios tanto para los padres como para los hijos:

Para los padres.- *“Ambos padres se mantienen guardadores, es decir, ambos continúan criando activamente, ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos.”²⁸*

Equiparación de los padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional, no queda sólo uno de ellos con toda la carga de la crianza, alienado y sin tiempo para otras cosas.

Compartir lo referente a gastos de manutención del hijo, ningún progenitor que practica este sistema se ha desentendido de los hijos, el hacerse cargo activamente, concientiza a cada padre acerca de las necesidades de los niños.

²⁸ <http://www.tenenciacompartida.com.ar/page9.html>

Mayor cooperación, es indudable que este sistema fomenta el entrelazado de acuerdos de cooperación entre los padres en beneficio de los hijos.

Los beneficios que la tenencia o custodia compartida de los hijos generan para los padres se basa en el compartir tiempo de calidad con sus hijos, a más de compartir los gastos inherentes a la crianza de los mismos lo cual colabora a la economía del hogar.

Beneficios para los hijos.- *“Mayor comunicación, la misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterna o materno-filial, incluso mejor aún que los hijos provenientes de familias intactas.*

*Buen modelo de roles parentales, los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros”.*²⁹

En la convivencia igualitaria con cada uno de los padres, los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y beneficia su autoestima el observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos.

Además los niños tienen el beneficio de Incluirse en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres, los niños se sienten parte integrante de cada nueva

²⁹ <http://www.tenenciacompartida.com.ar/page9.html>

familia, enriqueciéndose muchas veces con las presencias de nuevos cónyuges y nuevos hermanos.

Desventajas para los padres. Mayores costos. Ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, con insumos repetidos tales como ropa, juguetes, útiles.

Proximidad obligada de ambos hogares. Para la mayoría de las formas de implementar este sistema resulta muy conveniente el que ambos padres residan cerca el uno del otro.

Flexibilidad laboral. Es imprescindible que la forma de sustentación de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos.

Para los hijos.- *“Adaptación a dos casas. Es normal en este sistema que el niño debe de utilizar su ingenio para adaptarse en ambos hogares. O que algunas rutinas del niño experimenten alguna alteración por el cambio de hogar.”*³⁰

Nos da a conocer que cada casa tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños deben adaptarse muchas veces a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes.

³⁰ <http://www.tenenciacompartida.com.ar/page9.html>

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

La constitución de la república del Ecuador, no brinda protección directamente a la tenencia, sino más bien tutela a los derechos integrantes de la tenencia, así el artículo 44 establece *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad”*³¹, de esta manera se pretende precautelar los derechos de los menores amparándose en el principio del interés superior elevando sus derechos a un nivel superior en comparación con los derechos de las demás personas.

Para la aplicación de los derechos integrantes de la patria potestad se deberá tener siempre presente el principio del interés superior del niño o del menor, el cual establece que todas las actuaciones que decidan sobre los derechos de los menores deberán aplicarse observando lo más benéficos para los niños,

³¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N. 017690, 2008, art. 44 pág. 11

niñas o adolescentes, de esta manera se determina que la aplicación de la tenencia compartida sería beneficiosa para los menores ya que se estaría precautelando el cumplimiento de sus derechos de subsistencia y de integración familiar con ambos progenitores por igual.

La constitución reconoce a demás los derechos de cuidado y protección desde la concepción, salud integral, educación, cultura, deporte recreación y sobre todo a la seguridad, apuntando directamente al tema investigado la Constitución establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a *“tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar”*³², derecho que ve limitado en las familias monoparentales o en aquellas en que los progenitores se divorcian o separan, dejando a sus hijos bajo el cuidado de uno de los progenitores, coartando sustancialmente la convivencia familiar y las relaciones afecto paternales o maternales con el progenitor que se encuentra separado de ellos.

Recordemos que el Estado, reconoce a la familia, la misma que se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Es decir que los progenitores ya sea el padre o la madre tienen los mismos derechos y obligaciones para con los hijos, en cuanto a la formación, vigilancia

³² *Ibíd*em, art. 45, pág. 11

y protección, pero cuando surge una separación de la pareja ya sea que estén unidos por vínculo matrimonial o por unión de hecho el conyugue que deja el hogar se encuentra limitado de colaborar con la formación integral de sus hijos por el simple hecho de que sus relaciones familiares se encuentran rotas.

4.3.2 LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

La tenencia como derecho que integra a la patria potestad se refiere a otorga el cuidado y protección de los hijos a uno de los progenitores, en definitiva la tenencia constituye una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres.

Entre los casos en los que se puede confiar la tenencia a uno de los progenitores, está el que se escuche al adolescente o al niño o niña que este en condición de hacerlo, quien manifestara ante el Juez de la Niñez su intención de permanecer con uno de los progenitores.

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

La tenencia según el artículo 118 del código de la niñez y Adolescencia procede: *“Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106”*³³

La tenencia es otorgada por un Juez a uno de los progenitores, por medio de la emisión de una resolución que no tiene el carácter de cosa juzgada ni tampoco causan ejecutoria, es decir que en cualquier momento el Juez puede modificar dicha resolución en bendición de los derechos del menor.

En caso de que se pretenda cambiar la tenencia es decir otorgársela al progenitor que estuvo privado de la misma se lo realizara de manera que no se cause perjuicio al menor, otorgando medidas de apoyo al hijo o hija a y a sus progenitores.

La tenencia se la concederá tomando en cuentas las reglas establecidas en el artículo 106 es decir las mismas reglas que regulan la patria potestad, de esta manera tenemos que se respetara el convenio de los progenitores, siempre que este no sea atentatorio contra los derechos de los hijos, pero en caso de que no exista acuerdo o que al existir está atenta a los derechos de los menores y a su interés superior, por regla general se concederá la patria potestad de los menores de doce años se le concederá a la madre, en caso de

³³ Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, artículo 105, Pág. 30

los hijos mayores de doce años la patria potestad se le confiara a aquel de los progenitores que demuestre mayor estabilidad emocional y psicológica.

En ninguno de los casos se le confiara la patria potestad al padre o madre que demuestren inhabilidad para ello, en caso de que ambos padres sea inhaviles se procederá a nombrar un tutor.

Las resoluciones que versen sobre tenencia de un hijo o hija son de ejecución inmediata, de ser el caso se procederá al apremio personal y al allanamiento del domicilio en el que se presume se encuentre el menor.

4.3.3 LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.3.3.1 LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS.

En los Estados Unidos de América, la cuestión del Derecho de Familia es de carácter de general, estatal y no federal. La Constitución Federal deja estas materias, incluida la custodia de menores y el traslado de menores, a la regulación de cada uno de los cincuenta Estados soberanos, pero debe señalarse la salvedad de que en materia de sustracción internacional de menores los tribunales federales y estatales tienen una jurisdicción concurrente.

“La primera versión del concepto custodia compartida se dio en 1970, con la finalidad de ayudar promover la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos”³⁴.

³⁴ <http://custodiapaterna.blogspot.com/2010/11/la-custodia-compartida-en-estados.html>

El primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en 1973 en el estado de Indiana y desde entonces se ha extendido a los cincuenta estados que conforman la nación norteamericana. En la actualidad la presunción legal o la preferencia de la custodia compartida o conjunta prevalece en más de treinta estado a más del distrito de Columbia.

La custodia compartida se da en beneficio el mejor interés del niño, el cual aparece en las legislaciones de un amplio grupo de estados, en algunos de ellos con la condición de que sea por acuerdo entre los progenitores como en California, Connecticut, Idaho donde dicen que la custodia compartida solo se denegara en el caso que se considere peligroso para el interés del menor.

En Kentucky, Michigan, Mississippi, nevada, Nueva York, en caso de descuerdo prima el interés del menor, en el cual aquel, de los progenitores que se niegue a conceder la custodia compartida tiene la carga de la prueba, como ocurre también en los estados de Washington y Oklahoma, donde prima explícitamente la necesidad de periodos sustanciales de tiempo de convivencia entre hijos y progenitores.

En varios estados como en Nevada, Missouri, Iowa o Kansas, se presume que la custodia física conjunta coincide con el mejor interés del niño, y en casos de no concederse, el tribunal tiene la obligación de justificar las razones en las cuales fundamenta su decisión denegatoria.

En otros estados la ley es más rígida ya que establece que los tribunales otorgaran la custodia conjunta por defecto como en los estados de Georgia, Indiana, Maine, Maryland, donde se establece periodos iguales de tiempo de convivencia entre ambos progenitores.

En las legislaciones de los mucho estados que he mencionado se promueve la custodia o tenencia compartida, pero cuando uno de los progenitores no se encuentra en las condiciones necesarias para ser beneficiado con este derecho se concederá la custodia exclusiva al progenitor más generoso sin distinción de sexo. El criterio de entregar la custodia exclusiva a progenitor más generoso se refiere a aquel que tenga mayores condiciones económicas que le permitan un desarrollo integro al menor, a más del proveer las condiciones necesarias para que el menor se relacione con el progenitor que se encuentra privado de la custodia.

Además la custodia no se concederá a aquel de los padres que se ha visto inmiscuido en un procedimiento de violencia doméstica.

4.3.3.2 LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

La custodia compartida en España ha sido hasta ahora una opción minoritaria en las separaciones con hijos. *“De las más de 100.000 parejas que se divorciaron este país en 2008, solo en el 9,7% de los casos se otorgó una custodia compartida”*³⁵.

³⁵ <http://www.serpadres.es/familia/derechos/articulo/custodia-compartida-en-espana-por-comunidades-autonomas>

Esa situación está cambiando, ya que algunas comunidades autónomas con derecho civil propio han decidido regular la custodia de los hijos en caso de divorcio con su propia ley.

Custodia compartida en Aragón

“Aragón fue la primera comunidad en abrir camino cuando en mayo de 2010 sus Cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”³⁶.

Se establece la custodia compartida como opción preferente. La vivienda que la pareja compartía hasta el momento de la separación pasará a quien más dificultades tenga para reubicarse, excepto si el juez decide conceder la custodia única a uno de los progenitores. En ese caso, el derecho de uso será para el padre custodio.

Custodia compartida en Cataluña

“El Parlamento catalán aprobó en verano de 2010 el Libro II del Código Civil catalán de persona y familia, en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida. Es precisamente eso

³⁶ <http://www.serpadres.es/familia/derechos/articulo/custodia-compartida-en-espana-por-comunidades-autonomas>

*lo que se intenta fomentar ateniéndose a la igualdad de derechos y deberes de los progenitores*³⁷.

Cada uno de los padres presentará un plan de parentalidad en el que deben especificar cómo piensan ejercer sus responsabilidades con los hijos, planes que el juez tratará de conciliar. También desliga la atribución del uso de la vivienda de la custodia de los hijos, concediéndola a quien quede en peor situación económica.

Custodia Compartida en Valencia

El 15 de octubre de 2010 el gobierno valenciano aprobó el proyecto de Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que dará prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un pacto de convivencia familiar.

Si no se llega a un acuerdo, el principio general será el de custodia compartida, aunque el juez también podrá decidir la custodia individual atendiendo a las circunstancias. La vivienda será para el cónyuge que más dificultades tenga para encontrar una nueva vivienda después de la ruptura si es compatible con el interés del menor.

³⁷ Ibidem.

Navarra

“El Parlamento navarro votó en septiembre de 2010 a favor de la proposición de ley presentada por IU, cuyo objetivo es crear una ley propia para que la custodia compartida sea la opción preferente”³⁸.

El resto de Comunidades Autónomas se rigen por la reforma de la ley del divorcio de 2005, en la que ambos padres deben estar de acuerdo para obtener la custodia compartida.

El juez también puede concederla «excepcionalmente» a petición de uno solo de los cónyuges siempre que entienda que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor y se cuente con un informe favorable del Ministerio Fiscal.

4.3.3.3 LEGISLACIÓN DE ARGENTINA

La República Argentina se ha comprometido a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de la coparentalidad al establecer que *"ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño"*³⁹.

³⁸ <http://www.serpadres.es/familia/derechos/articulo/custodia-compartida-en-espana-por-comunidades-autonomas>

³⁹ Convención sobre los derechos del Niño. Argentina. Artículo 18

Este principio declarado en la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional Argentina.

El principio de la coparentalidad se encuentra en el Código Civil Argentino en el art 264 inc.1 y 5 cuando existe convivencia de los progenitores.

El principio de la coparentalidad es adoptado por la legislación argentina sin distinción basada en la convivencia de los padres a través de la ley 26.061 en su art.7 segundo y tercer párrafo.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la ley 26.061 contienen términos propios del concepto de guarda y custodia relativos al ejercicio de la tenencia: crianza y desarrollo del niño, cuidado y educación integral de los hijos, en ambas normas estos conceptos conforman el contenido de las obligaciones comunes de ambos padres: padre y madre, en condiciones de igualdad, agrega la ley 26.061.

Para completar el concepto la Convención sobre los Derechos del Niño dice que se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

La responsabilidad de la República Argentina por ser signataria de la CDN, surge si en contra de la voluntad de uno de los progenitores se hace aplicación

judicial del art 264 inc.2 y 5 del Código Civil Argentino que regulan la tenencia exclusiva a favor de uno de ellos.

La tenencia compartida o coparentalidad o ejercicio conjunto de la función parental es un principio general del derecho de familia y la tenencia exclusiva a favor de uno de los progenitores es la excepción.

El anteproyecto de Código Civil consagra el principio de la coparentalidad pero subordina la efectividad del mismo a requisitos previos para los hijos extramatrimoniales (alterando el derecho reconocido): la convivencia de los padres, el acuerdo y en su defecto la decisión judicial.

5 MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 MATERIALES UTILIZADOS.

La realización de la presente tesis empleo materiales tales como libros relacionados a la materia, códigos y leyes, diccionarios, internet, materiales de oficina como esferográficos, hojas de papel bond, computadora, impresora, etc., gracias a los cuales he podido culminar con éxito este trabajo investigativo.

5.2 MÉTODOS.

La realización de este trabajo investigativo no habría sido posible sin la aplicación de los métodos de investigación más comunes, los cuales me sirvieron y fueron utilizados en las diferentes etapas de indagación, estos métodos son:

Método Inductivo: Este método me facilitó la fase de construcción del cuerpo de la investigación constituido por el acopio de información conceptual, jurídica y doctrinaria. Tras haber hecho la investigación de campo fue imprescindible la utilización de este método para llegar a las conclusiones y recomendaciones.

Una vez terminada la presente tesis, este método me ayudó a elaborar el correspondiente resumen de todo el trabajo realizado, de la misma manera me permitió realizar la respectiva comprobación de la hipótesis planteada.

Método deductivo; Parte de los datos particulares para llegar a conclusiones generales, fue de suma importancia para las interpretaciones de las entrevistas, en base a los criterios de cada uno de los entrevistados, con la aplicación de

este método se pudo realizar afirmaciones generales que respaldan la hipótesis.

Con la aplicación de este método se realizó una observación generalizada de la problemática planteada, para analizar y clasificar la información recopilada que ayudo a estructurar la tesis en todas sus partes.

Método materialista histórico; el mismo que me permitió conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución, para realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

Este método se lo aplico sobre todo en la estructuración del marco doctrinario, en el cual se realizó un estudio sobre los orígenes de la tenencia, además de un análisis sobre la historia de aplicación de estas instituciones jurídicas en nuestra legislación.

Método descriptivo; este método me comprometió a realizar una descripción objetiva de la realidad actual, en la que se desarrolla la temática y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

En la presente tesis la aplicación de este método me sirvió para comprender mejor la problemática planteada, realizando observaciones pertinentes a la aplicación de la tenencia en nuestra sociedad, y evidenciando que sería beneficiosa para los niños, niñas y adolescentes la aplicación de la tenencia compartida.

Método analítico; La utilización de este método me permitió estudiar en forma individual el tema a tratar, en forma pormenorizada de cada uno de los capítulos del proceso de investigación.

En la presente tesis se lo viene aplicando desde la selección del tema de estudio y la selección análisis de información que sirvió para la estructuración de los respectivos marcos: conceptual, jurídico y doctrinario.

Con la utilización de este método se seleccionó únicamente la información necesaria y concreta para la realización de esta tesis, lo que da como resultado un estudio preciso, sin alejarse del tema ni de la problemática de estudio.

Método Comparativo; Con este método se realizó la estructuración del derecho comparado, al realizar la comparación de legislaciones de diferentes países que aplican la tenencia compartida, con la realidad social y jurídica de nuestro país en el ámbito de los menores.

Este método se lo aplico en el análisis, estudio, selección y comparación de las diferentes legislaciones estudiadas en el apartado correspondiente a la legislación comparada, verificando así la pertinencia de la aplicación de la tenencia compartida y los beneficios que esta brinda para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

6 RESULTADOS.

6.1 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Con forme a lo planificado en el proyecto de tesis, en la investigación de campo se ha utilizado la aplicación de encuestas, a través de un formulario de 5 preguntas realizadas a 30 personas de nuestra localidad.

Los resultados de la aplicación de la encuesta se muestran en cuadros estadísticos y gráficos que muestran la frecuencia de las respuestas obtenidas. A continuación se pone a su conocimiento el resultado de la aplicación de las encuestas.

Pregunta Nro. 1

1. ¿Cree usted que es importante la convivencia familiar con los menores; en los hogares que han sufrido separación de sus padres?

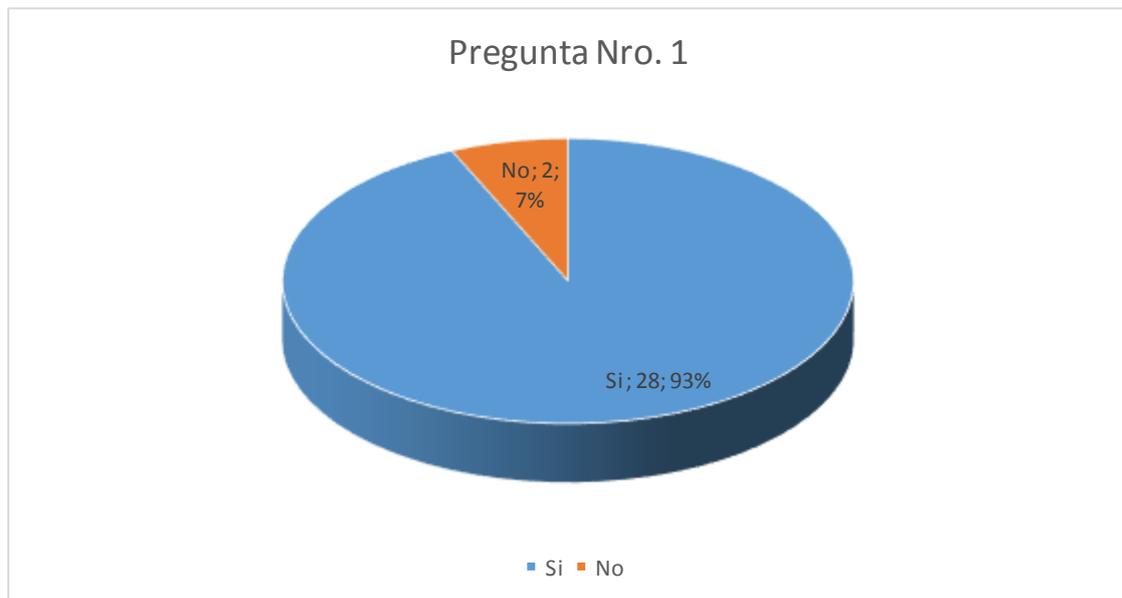
Cuadro Nro. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta dirigida a estudiantes de la carrera de Derecho

Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez

Grafico Nro.- 1



Interpretación.- Veintiocho personas que equivalen al noventa y tres por ciento del universo encuestado respondieron que si es importante que los menores mantengan relaciones familiares con sus progenitores pese a que estos se encuentren separados; mientras que dos personas que equivalen al siete por ciento del universo encuestado mencionaron que no es importante que los menores mantengan relaciones con el progenitor que se encuentra separado de ellos o que los ha abandonado.

Análisis.- En lo personal creo que es de suma importancia que los hijos mantengan relaciones familiares con sus padres ya que de esta manera se fortalece la confianza entre padres e hijos, fomentando un ambiente más propicio para su desarrollo familiar.

Pregunta Nro. 2

¿Cree usted que es beneficioso que los hijos de padres separados mantengan relaciones familiares con su progenitor que se encuentra privado de la tenencia?

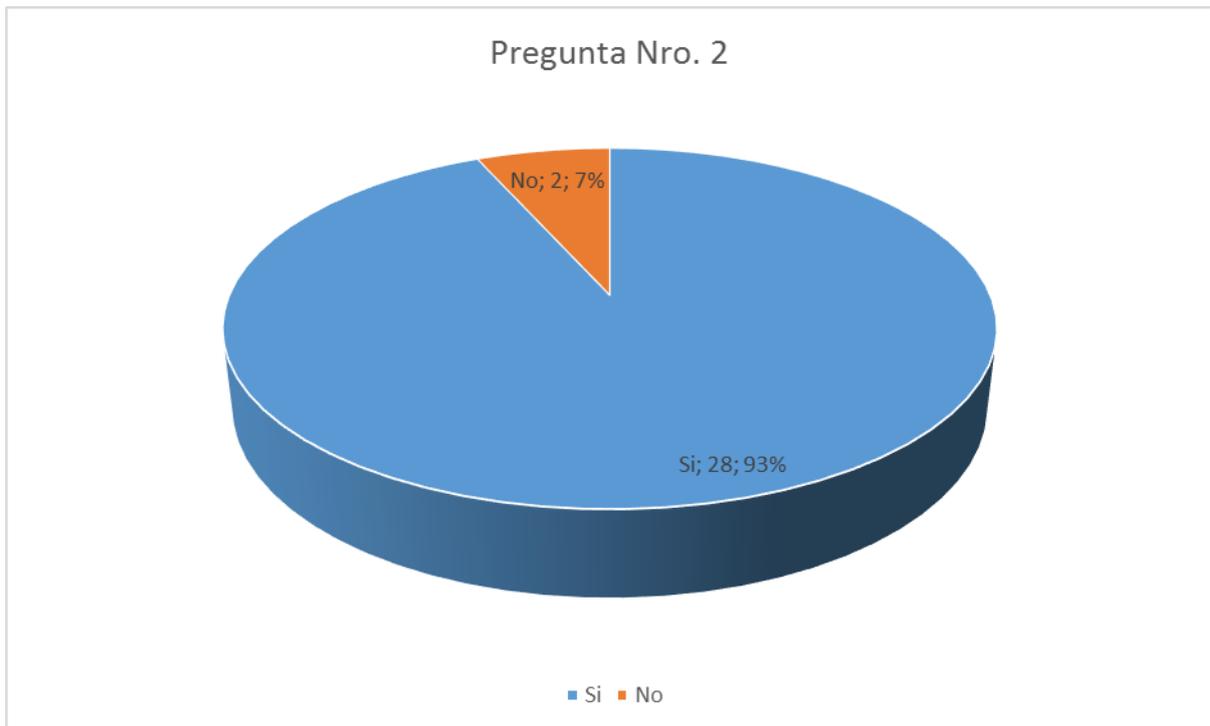
Cuadro Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta dirigida a estudiantes de la carrera de Derecho

Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez

Grafico Nro.- 2



Interpretación.- Veintiocho personas que equivalen al noventa y tres por ciento del universo encuestado manifestaron que si es beneficioso para los menores que mantengan relaciones familiares con sus dos progenitores, mientras que dos personas que equivalen al siete por ciento del universo encuestado mencionaron que no es necesaria la relación familiar con los padres separados.

Análisis.- Tomando en cuenta que es responsabilidad tanto de los padres como de las madres velar por el bienestar de sus hijos, creo que si es beneficiosos para los menores, que mantengan relaciones familiares con ambos progenitores.

Pregunta Nro.- 3

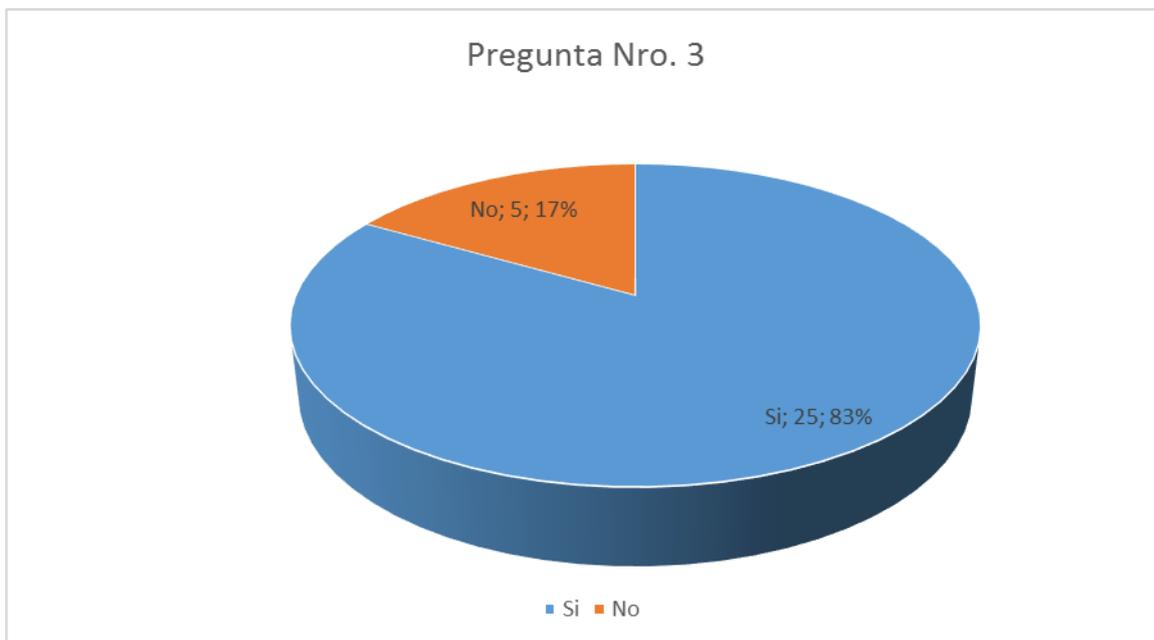
¿Cree usted que es necesario que se establezca la tenencia compartida de los hijos de padres separados?

Cuadro Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta dirigida a estudiantes de la carrera de Derecho
Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez

Grafico Nro.- 3



Interpretación.- Cinco persona que equivalen al diecisiete por ciento del universo encuestado manifestaron que no es necesario que se establezca la posibilidad de aplicar la tenencia compartida, mientras que veinticinco personas que equivalen al ochenta y tres por ciento del universo encuestado opinan que si es necesario que se incorpore la tenencia compartida entre conyugues o padres separados.

Análisis.- Creo que si es necesario que se promueva la tenencia compartida entre padres separados con la finalidad de promover la unidad familiar y aumentar las relaciones familiares entre padres e hijos.

Pregunta nro.- 4

¿Cree usted que los menores que mantienen relaciones familiares con ambos progenitores se desenvuelven mejor socialmente?

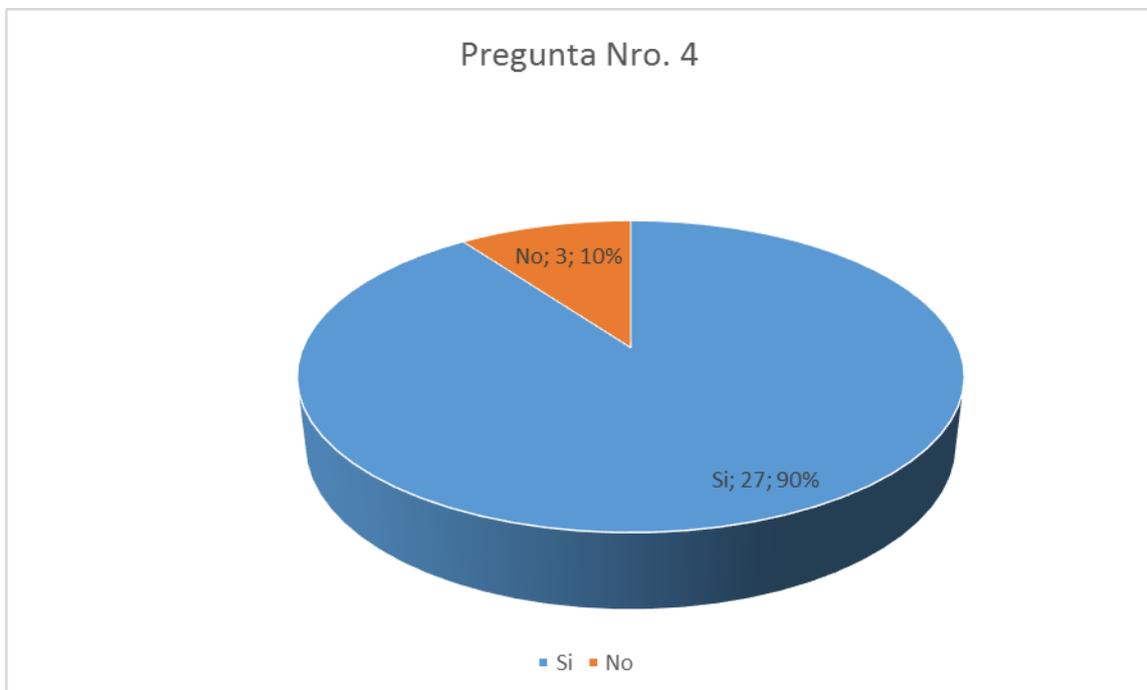
Cuadro Nro. 4

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

Fuente: Encuesta dirigida a estudiantes de la carrera de Derecho.

Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez

Grafico Nro.- 4



Interpretación.- Tres personas que equivalen al diez por ciento del universo encuestado respondieron que los menores que mantienen relaciones familiares con sus dos progenitores no son más sociales, mientras que veintisiete personas que equivalen al noventa por ciento del universo encuestado mencionaron que efectivamente los hijos que se relacionan con sus dos progenitores se desenvuelven mejor socialmente.

Análisis.- En lo personal creo que los niños que crecen con sus padres y mantienen relaciones con ellos, se desenvuelven mejor en el ámbito social ya que aprenden a relacionarse con otras personas.

Pregunta Nro.- 5

¿Está usted de acuerdo en que se incorpore una reforma legal en el código de la niñez y adolescencia que establezca la tenencia compartida?

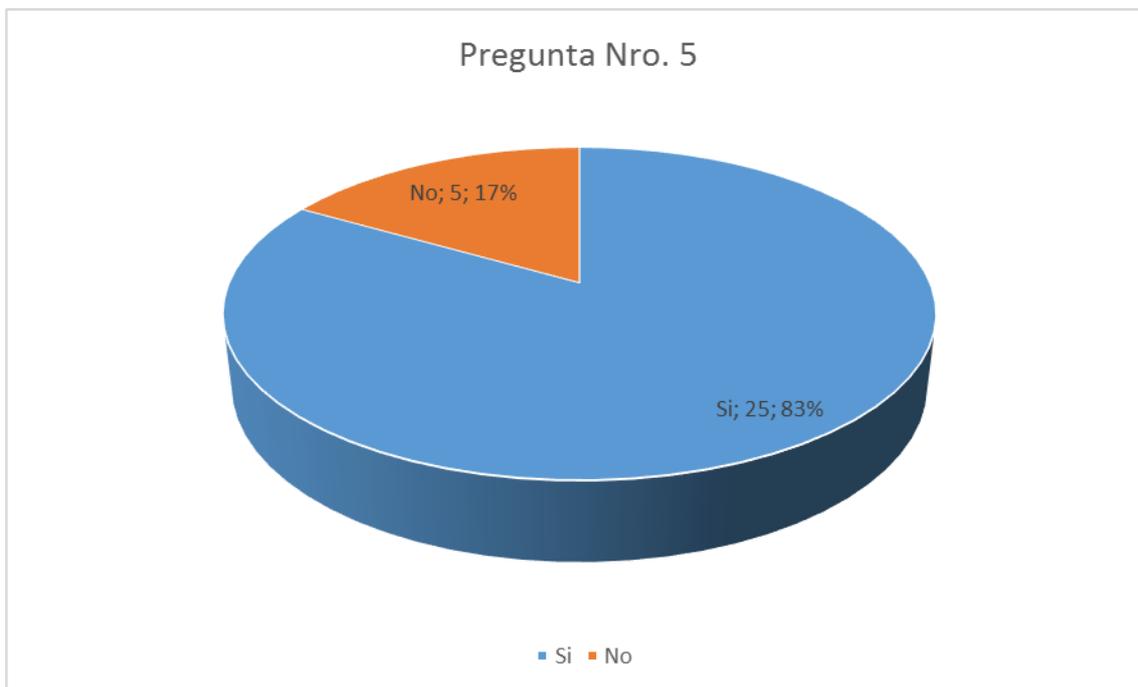
Cuadro Nro. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta dirigida a estudiantes de la carrera de Derecho.

Autor: Gerardo Geovanny Soto Gálvez

Grafico Nro.- 5



Interpretación.- Veinticinco personas que equivalen al ochenta y tres por ciento del universo encuestado respondieron que si están de acuerdo con que se incorpore en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida, mientras que cinco personas que equivalen al diecisiete por ciento del universo encuestado respondieron que no se debe promover la tenencia compartida.

Análisis.- Estoy de acuerdo en que se incorpore en nuestra legislación la modalidad de la tenencia compartida entre padres que se encuentren separados, con la finalidad de promover una mayor relación entre padres e hijos, promoviendo la unidad familiar.

6.2 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.

Las entrevistas fueron aplicadas a personas que por su actividad se relacionan estrechamente con el problema planteado, obteniendo los siguientes resultados:

Pregunta Nro. 1

Cree usted que es importante que los hijos mantengan relaciones familiares con sus progenitores, aun encontrándose separados.

Entrevistado 1.- Si es muy importante porque ayudará a un mejor desarrollo del niño y un mayor desenvolvimiento en el ámbito social.

Entrevistado 2.- Es de suma importancia que menores de edad mantengan un vínculo familiar muy estrecho con sus padres, ya que en la actualidad se observa muy seguido niños que por falta de apoyo de sus padres salen a diferentes lugares a mendigar o en muchos casos caen en la delincuencia, es por eso que si es importante que tanto padres como hijos mantengan relaciones familiares.

Entrevistado 3.- En mi opinión sí creo que es muy importante que los hijos mantengan una relación con sus padres porque esto ayuda a un mejor desarrollo en el niño.

Entrevistado 4.- Efectivamente, las relaciones familiares son de suma importancia para que los hijos menores de edad pueden tener un desarrollo íntegro y puedan desenvolverse más ampliamente.

Entrevistado 5.- Si es muy importante que tanto hijos como padres mantengan un vínculo familiar entre ellos, porque hoy en día existen muchos menores que por falta de alguno de sus padres no tienen el apoyo que en verdad necesitan, es decir tienen problemas y no son escuchados o

aconsejados, y; es por eso que caen en los distintos vicios que en la sociedad abundan.

Criterio personal.- Las relaciones familiares fomentan valores a los hijos que son muy importantes para su desarrollo, por esto es muy importante que estos mantengas relaciones familiares con sus padres aunque estos se encuentren separados.

Pregunta Nro.- 2

Tomando en cuenta que la Constitución de la República en su artículo 45 establece que los niños, niñas y adolescentes gozan del derecho de convivencia familiar, ¿cree usted que este derecho se limita al momento de la separación de los progenitores?

Entrevistado 1. Claro que se limita, además se limita el derecho a que el niño conozca su procedencia.

Entrevistado 2.- En el momento que surge la separación de los padres por cualquier motivo y el juez dicta una sentencia otorgando la tenencia a uno de ellos , se está limitando la convivencia familiar, que además de ser un derecho es un privilegio que toda familia debe gozar es decir tanto padres e hijos.

Entrevistado 3. Claro que se limita la convivencia familiar ya que el hijo no podrá estar al cuidado o bajo la protección de ambos padres y esto de una u otra manera afecta al niño.

Entrevistado 4.- Al momento en que los progenitores se separan se ve limitada la convivencia familiar ya que esta se debe dar entre hijos y ambos progenitores y al momento de la separación los hijos solo quedan con uno de los padres, viéndose privados de relacionarse con el otro progenitor que se encuentra separado de ellos.

Entrevistado 5.- Si se limita al momento de la separación de sus progenitores, porque en el instante de que el juez dicta una sentencia y da la tenencia uno de los padres se está vulnerando o no se lo toma en cuenta al artículo 45 de nuestra Constitución, ya que la convivencia familiar es un derecho primordial que padres e hijos deben gozar.

Criterio personal.- En efecto al momento de la separación de los padres se limita la convivencia familiar de los hijos que quedan bajo el cuidado de uno solo de los progenitores.

Pregunta 3.

Está usted de acuerdo en que la tenencia de los hijos menores debe ser compartida entre sus progenitores que se encuentren separados.

Entrevistado 1.- Tanto el hombre como la mujer tienen derechos y obligaciones para con sus hijos por lo tanto no se debe dejar el cuidado de los hijos solo a la mujer sino que esta responsabilidad debe ser compartida.

Entrevistado 2.- Estoy de acuerdo en que tanto la tenencia sean compartidas, pero se debe tomar muy en cuenta que tipo de conductas tienen padres, es decir que dichas conductas no perjudiquen el desarrollo de los menores, más

bien sean de agrado para que así los menores puedan tomarlas como ejemplo para su futuro.

Entrevistado 3.- Para precautelar los derechos del niño es importante que se comparta esta responsabilidad, siempre y cuando uno de estos no este privado para asumir dicha tenencia.

Entrevistado 4.- Si, de esta manera se promueven la unidad familiar y se fortalecen las relaciones entre padres e hijos.

Entrevistado 5.- Si estoy de acuerdo porque todos los menores de edad necesitan ayuda de sus dos progenitores, ya que sería un beneficio para los mismos en su desarrollo tanto físico como mental; pero siempre tomando en cuenta la conducta que tienen esos progenitores, es decir que dicha conducta no sea dañina o perjudicial para el menor.

Criterio personal.- Se debe establecer la tenencia compartida ya que de esta manera se estaría protegiendo los principales derechos de los menores, los mismos que como ya sabemos son primordiales.

Pregunta nro. 4

Al establecer la tenencia compartida de los hijos menores de edad, ¿cree usted que se está fomentando la convivencia familiar y fortaleciendo las relaciones entre padres e hijos?

Entrevistado 1.- muchas de las veces los hijos son el motor y la razón que une a la familia, por esto es muy importante que exista convivencia entre padres e hijos.

Entrevistado 2.- Si, se estaría fomentando la convivencia familiar, porque al momento de que la tenencia es compartida los menores tendrían el mismo tiempo con sus dos padres fomentando y fortaleciendo así el vínculo familiar que debe existir siempre, para que los menores puedan ser protegidos y amparados por sus progenitores.

Entrevistado 3.- Sería una buena forma de fomentar la convivencia en el núcleo familiar y de esta manera se estaría ayudando al desarrollo del infante.

Entrevistado 4.- Efectivamente aumentara las probabilidades de relación entre los progenitores separados y se promoverá con mayor frecuencia los espacios familiares en los que ambos progenitores puedan compartir tiempo con sus hijos.

Entrevistado 5.- Si se está fomentando con la convivencia familiar, más aún se está tomando en cuenta un derecho muy importante contemplado en nuestra Carta Magna como es nuestra Constitución, además se daría paso a que los menores puedan desarrollarse en un ambiente rodeado de sus dos padres y así no se sientan solos o desamparados por falta de alguno de sus progenitores en su hogar

Criterio personal.- si se estableciera la tenencia compartida se fortalecerían los vínculos familiares entre padres e hijos.

Pregunta Nro.- 5.

Está usted de acuerdo con que se implemente la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia a fin de garantizar que los menores

mantengan relaciones familiares con sus progenitores y precautelar el derecho de convivencia familiar.

Entrevistado 1.- Sería muy importante que se de esta reforma ya que de una u otra manera se está protegiendo los derechos del menor y asegurando un buen desarrollo tanto psicológico como social.

Entrevistado 2.- Es muy importante que se implemente la tenencia compartida, ya que de esta forma se estaría protegiendo no solamente el derecho a la convivencia familiar sino a los derechos que el niño no se le debe negar como el cuidado, vigilancia, protección entre otros que son indispensables para su desarrollo.

Entrevistado 3.- Es una buena forma de proteger los derechos del niño y ayudar a su desarrollo.

Entrevistado 4.- Es necesario que se incorpora al Código de la Niñez y Adolescencia esta normativa que rija la forma y modo de como reglamentar la tenencia compartida, promoviendo el aumento de las relaciones familiares.

Entrevistado 5.- Si estoy de acuerdo que se implemente la tenencia compartida, porque de esta manera se otorgaría tanto el cuidado, vigilancia y protección a ambos padres pese a que se encuentren separados, además sería muy beneficioso para los menores ya que podrían estar un tiempo igual con sus progenitores.

Criterio personal.- Beneficiaria mucho sobre todo a los menores de edad ya que se establecería que los hijos mantengan las relaciones familiares tanto con

el progenitor con el que conviva así como con el que se encuentra separado del hogar.

7 DISCUSIÓN.

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

7.1.1 OBJETIVO GENERAL.

Realizar un estudio jurídico-doctrinario de la tenencia compartida en materia de menores.

Este objetivo lo he cumplido con la recopilación, selección y análisis de la información que sirvió para la estructuración de los marcos jurídico y doctrinario por medio de los que se realizó un estudio detallado a las normas que regulan las relaciones de menores, también se lo comprobó con el estudio del derecho comparado en el cual se realizó un análisis de las normas de otros países que implementan tenencia compartida en sus legislaciones.

Con el estudio de legislación comparada se ha comprobado que la aplicación de la tenencia compartida no es algo nuevo sino que su aplicación ya data de algunos años atrás en otros países obteniendo grandes resultados que benefician directamente a los hijos.

De esta manera queda verificado el objetivo general al haber realizado un estudio profundo sobre la tenencia en la legislación ecuatoriana, la aplicación de la tenencia compartida en otros países y sobre todo el análisis de los criterios de diferentes autores que ahondan su criterio sobre el tema.

7.1.2 Objetivos específicos.

- **Demostrar que la tenencia compartida, es un medio para garantizar los derechos de convivencia familiar y mantener una buena relación con sus progenitores.**

Este objetivo lo he cumplido al realizar el estudio de la temática tratada, demostrando que la aplicación de la tenencia compartida, beneficia al cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que se fortalecen las relaciones familiares y la convivencia familiar cumpliendo así con dos de los principales derechos de los menores.

Se ha confirmado este objetivo con la aplicación de las encuestas sobre todo con las respuestas a la primera y segunda pregunta del formulario ya que los encuestados en su mayoría concluyen que la aplicación de la tenencia compartida fortalecería los lazos familiares y la convivencia familiar.

Además este objetivo se lo ha comprobado a lo largo de toda la investigación, ya que se ha logrado comprobar que es de suma importancia que los hijos mantengan relaciones familiares con sus progenitores aunque estos se encuentren separados, estas relaciones entre padres e hijos refuerzan los lazos familiares coadyuvando a que los menores no se sientan marginado por el hecho de no convivir con sus dos padres, por lo tanto la tenencia compartida

se convierte en la mejor arma para llevar a cabo este objetivo de convivencia familiar.

- **Demostrar el motivo por el cual la tenencia compartida no es aplicada en nuestra normativa.**

Este objetivo lo he logrado comprobar, con el estudio de las diferentes normas que regulan la tenencia, logrando establecer que gracias a la normativa vigente no es posible la aplicación de la patria potestad y tenencia compartida entre los progenitores, ya que la ley otorga estos derechos únicamente a aquel de los progenitores que demuestre mejores condiciones para el desarrollo y sustento de los hijos, por lo que el uno de los progenitores se encuentra privado del ejercicio de estos derechos.

- **Elaborar una propuesta que implemente la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de lograr el derecho de convivencia familiar.**

Este objetivo lo he cumplido con la elaboración de un proyecto de reforma jurídica, en la cual se propone la aplicación de la patria potestad y étnica compartida por ser pertinente y aplicable esta institución en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

La procedencia de la propuesta de reforma se origina de las opiniones de los entrevistados y encuestados que con sus criterios fundamentaron la necesidad

de incorporar una reforma legal que incorpore en nuestra legislación a la tenencia compartida.

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Hipótesis.- La tenencia compartida como medio de garantizar la convivencia familiar en materia de niñez y adolescencia, tomando en cuenta los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, conforme al Código son primordiales en nuestra legislación.

Al finalizar el presente trabajo investigativo se ha logrado comprobar que la hipótesis propuesta es positiva , ya que al establecerse la tenencia compartida en nuestra legislación se estaría beneficiando a los menores, los mismos que mantendría buenas relaciones familiares con sus progenitores, al mismo tiempo dichos menores alcanzarían un desarrollo tanto físico como mental apropiado que les permita en un futuro poder desenvolverse apropiadamente ante la sociedad, además tomando en cuenta que los derechos de los menores son de primer orden, se debe velar por el estricto cumplimiento de los mismos.

Se ha comprobado que en países como Estados Unidos, y España se aplica la tenencia compartida de los hijos, los mismos que desarrollan lazos afectivos muy estrechos con ambos progenitores pese a la separación de los mismos, de esta manera los menores no se sienten aislados de sus progenitores ni viceversa.

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA.

La propuesta de reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia se fundamenta en el hecho de precautelarse los derechos de los menores en especial aquellos derechos de convivencia familiar el cual fortalece las relaciones entre padres e hijos.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 45 establece que *“uno de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes es el derecho de convivencia familiar”*⁴⁰, dado que la mejor manera de contribuir al desarrollo sano y feliz de los niños es ofrecerles un ambiente familiar seguro donde se les quiera y se estimulen su desarrollo, su aprendizaje y su gusto por la vida.

Se ha comprobado que aquellos menores que mantienen relaciones familiares con sus progenitores tienen un mayor desenvolvimiento social, y académico, por lo tanto es de suma importancia las relaciones familiares dentro del hogar.

El código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 21 establece que *“los menores tienen derecho a conocer a sus progenitores y a mantener relaciones con ellos”*⁴¹, derechos que son limitados al momento que sus progenitores se

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N. 017690 ,2008, art. 50 pág. 12
Constitución de la República del Ecuador, 2008. Artículo 45

⁴¹ Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, artículo 21, Pág. 4

separen ya que la tenencia de los hijos la mantendrá por lo general la madre y el padre no podrá relacionarse ampliamente con sus hijos.

El fundamento principal para la elaboración de la propuesta de reforma se basa en el principio del interés superior del menor, ya que lo que se propone con esta reforma es garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores proponiendo leyes que beneficien directamente a los menores dejando de lado los intereses personales de sus progenitores.

De esta manera se demuestra que es de suma importancia que implemente la patria potestad y custodia compartid en nuestra legislación con la finalidad de precautelar los derechos de los menores y el principio de interés superior.

8 CONCLUSIONES.

Con la finalización del presente trabajo investigativo se ha logrado obtener las siguientes conclusiones:

Primera.- Con la realización de la investigación de campo se ha logrado concluir que: al establecerse la tenencia compartida en nuestra legislación se beneficia directamente a los niños, niñas y adolescentes, ya que se fortalece las relaciones familiares con aquel de los progenitores que no convive diariamente con ellos, colaborando de esta manera a la unificación familiar.

Segunda.- En cuanto a la legislación comparada se ha logrado concluir que en países como Estados Unidos, España y Argentina, ajustan sus legislaciones promoviendo la unificación familiar, de esta manera se establece y tenencia compartida con la finalidad de fortalecer los lazos familiares entre padres e hijos aunque estos no convivan juntos.

Tercera.- A lo largo del estudio realizado se ha logrado identificar vacíos legales que impiden la convivencia familiar, uno de estos vacíos se evidencia al otorgar solo a uno de los progenitores la tenencia de los hijos lo cual limita el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones familiares con sus progenitores y fortalecer la convivencia familiar.

Cuarta.- La patria tenencia compartida entre los progenitores beneficia al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, ya que de esta manera los

menores se relacionan más ampliamente con sus progenitores, fortaleciendo los lazos afectivos entre ellos. Además al establecerse la tenencia compartida en nuestra legislación se estaría precautelando el cumplimiento y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

9 RECOMENDACIONES.

Primera.- A los padres de familia, mantener relaciones familiares y compartir espacios que propicien la interacción familiar entre padres e hijos.

Segunda.- A los padres que se encuentren separados de sus hijos, preocuparse por el desarrollo integral de los mismos ya que al mantener relaciones familiares con los progenitores los niños se desenvuelven más ampliamente en el entorno social.

Tercera.- A los organismos gubernamentales como MIES, brindar charlas y terapias familiares a los hogares en conflicto de separación, a fin de que se priorice los intereses de los hijos por encima de los intereses personales de pareja.

Cuarta.- A los administradores de justicia con relación a los casos de menores, promover la conciliación que favorezca al menor, sobre todo en los casos que se tenga que fijar visitas, manutención etc.

Quinta.- Finalmente a la Asamblea Nacional tomar en cuenta la propuesta de reforma contenida en el presente trabajo investigativo, en el cual se fija la tenencia compartida con la finalidad de mejorar las relaciones familiares con sus progenitores y velar por el cumplimiento de sus derechos.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

Como resultado de la investigación, me permito proponer la siguiente propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia incluyendo la figura de la tenencia compartida.

PROPUESTA DE REFORMA LEGAL AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, REFERENTE A PATRIA POTESTAD Y TENENCIA COMPARTIDA.



Considerando:

Que la constitución de la republica del ecuador en su artículo 45 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.

Que el Código de la Niñez y Adolescencia reconoce a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Que el principio del interés superior del niño se encuentra orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Que uno de los principales derechos de los niños, niñas y adolescentes es el conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ello, propiciando un ambiente familiar estable que beneficie el desarrollo íntegro de los menores.

En el ejercicio de sus facultades Constitucionales y legales.

Resuelve aprobar la siguiente Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

Luego del artículo 118, agréguese los siguientes artículos innumerados:

Artículo innumerado 1.- En caso de separación de los progenitores, se establece la tenencia o custodia compartida de los hijos. Por lo tanto las partes deberán acordar el tiempo que deberán convivir con sus hijos, en caso de oposición por una de las partes esta decisión será tomada por el juez o mediador competente.

Artículo innumerado 2.- No procederá la tenencia o custodia 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 sexual del otro cónyuge o de sus hijos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia intrafamiliar.

Artículo final.- La presente reforma entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y suscrito, en la sede de la Asamblea Nacional en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los 23 días del mes de julio del 2015.

f.) Gabriela Rivadeneira Burbano, Presidenta.

f.) Dra. Libia Rivas Ordóñez, Secretaria General.

10 BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición XXV, Editorial Heliasta S.R.C, Tomo.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Argentina
- D ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. 1979. Estatal, Guayaquil, Año 1995.
- FUCHSLOCHER, Edmundo, Derecho de Menores de la Tuición, Editorial jurídico de Chile, año 1983.
- SÁNCHEZ, Cordero Dávila Jorge A. Derecho Civil, introducción al derecho Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición.
- ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Editorial Astrea. 1998. Tercera edición.
- MORÁN, González María Isabel. El ministerio Fiscal.
- MORENO R, J.A., “*Derecho De Familia*”, Asunción, Paraguay: Ed. Intercontinental, Tomo II
- ANDRADE, Pinto, Cristóbal. La Custodia compartida.
- AGUIRRE, Rubén. La tenencia de menores en el Ecuador. I Edición. Editorial Graficas Cárdenas. Quito.
- SERPENTEGUI, y otros, Norma y Procedimiento, Aplicación del Código de Menores en el Ecuador primera edición, Editorial

- VIII, año 1997,
- ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de familia, Editorial Depalma, Buenos Aires. 1999
- <http://definicion.de/cuidado/#ixzz3JWRSxz17>
- <http://es.thefreedictionary.com/vigilancia>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Asambleas_romanias
- <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/igualdad-de-padre-y-madre-en-el-cuidado-de-los-hijos>
- <http://www.custodiacompartida.org/content/view/10/35/>
- <http://www.definicionabc.com/derecho/custodia-compartida.php#ixzz3L2NpHsQ9>
- <http://www.taringa.net/posts/info/3542949/Nacimiento-y-abandono-de-los-ninos-en-la-Antigua-Roma.html>
- <http://www.tenenciacompartida.com.ar/page2.html>
- <https://cursos.aiu.edu/Personas%20y%20Familia/PDF/Tema%205.pdf>

11 ANEXOS.

Encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO.

Me encuentro ejecutando mi trabajo de investigación titulado **“Necesidad de que se implemente en el Código de la Niñez y Adolescencia la Tenencia compartida, a fin de garantizar los derechos de convivencia familiar y a mantener una buena relación con sus progenitores”**, acudo a usted con la finalidad de solicitarle se sirva dar contestación a las interrogantes; la información obtenida me servirá para complementar mi estudio. Desde ya le expreso mis más sinceros agradecimientos.

1. **¿Cree usted que es importante la convivencia familiar con los menores; en los hogares que han sufrido separaciones de sus padres?**

Sí

No

¿Porque?:.....
.....

2. **¿Cree usted que es beneficioso que los hijos de padres separados mantengan relaciones familiares con su progenitor que se encuentra privado de la tenencia?**

Sí

No

¿porque?:.....
.....

3. ¿Cree usted que es necesario que se establezca la tenencia compartida de los hijos de padres separados?

Sí No

¿Porque?:.....
.....

4. ¿Cree usted que los menores que mantiene relaciones familiares con ambos progenitores se desenvuelven mejor socialmente?

Sí No

¿Porque?:.....
.....

5. ¿Está usted de acuerdo en que se incorpore una reforma legal en el Código de la Niñez y Adolescencia que establezca la tenencia compartida?

Sí No

¿Porque?:.....
.....

Gracias.

Entrevista



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO.**

1. Cree usted que es importante que los hijos mantengan relaciones familiares con sus progenitores aun encontrándose separados.

2. Tomando en cuenta que la Constitución de la Republica en su artículo 45 establece que los niños, niñas y adolescentes gozan del derecho de convivencia familiar, cree usted que este derecho se limita al momento de la separación de los progenitores.

3. Está usted de acuerdo en que la tenencia de los hijos menores debe ser compartida entre sus progenitores que se encuentren separado.

4. Al establecerse la tenencia compartida de los hijos menores de edad, cree usted que se está fomentando la convivencia familiar y fortaleciendo las relaciones entre padres e hijos.

5. Está usted de acuerdo con que se implemente la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia a fin de garantizar que los menores mantengan relaciones familiares con sus progenitores y precautelar el cumplimiento del derecho de convivencia familiar.

Gracias.

Proyecto de Tesis

1. TITULO.

“NECESIDAD DE QUE SE IMPLEMENTE EN EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA, A FIN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y A MANTENER UNA BUENA RELACION CON SUS PROGENITORES”

2. PROBLEMÁTICA.

A lo largo de la historia la tenencia ha tenido un sin número de cambios, los mismos que se han modificado con el pasar del tiempo, cuya finalidad consiste en el poder que tiene uno de los padres sobre los hijos no emancipados, para su cuidado y protección.

Nuestro código civil y el código de la niñez y adolescencia establecen que la tenencia es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos no emancipados.

Los hijos pueden ser procreados dentro de un hogar conformado por una pareja de un hombre y una mujer unidos por vínculo matrimonial, o también bajo la modalidad de unión libre.

En ambos casos se procrea hijos, cuyo reconocimiento voluntario por parte del padre o la declaratoria de paternidad realizada por un Juez, dan paso a la

existencia del vínculo jurídico conocido como filiación, dando origen así a una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre padres e hijos.

Al existir la separación del hogar, por lo general los hijos quedan bajo el cuidado de la madre, pero esto no excluye al padre para que pueda ejercer su derecho como tal, por ejemplo: mantener una relación paternal con sus hijos, derecho el cual en algunas ocasiones se encuentra privado debido a que la madre no le permite visitar a sus hijos y peor aún que estos pasen un tiempo de calidad con su padre.

En estas circunstancias el padre debe concurrir ante un Juez competente, a fin de que mediante resolución se establezca el llamado régimen de visitas, que faculta al padre a visitar a sus hijos en los días y horario que el Juez ha dispuesto. Pero a su vez esta resolución está sujeta a modificaciones, originadas por falsas denuncias presentadas por la madre, con la finalidad de que se prohíba que el padre se acerque a sus hijos, rompiendo así toda relación parental.

La ruptura de los lazos familiares afecta gravemente dos de los principales derechos de los menores que son: derecho a la convivencia familiar y a mantener una buena relación con sus progenitores.

A fin de garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de ambos progenitores, así como el bienestar de los hijos es necesario establecer el ejercicio de la tenencia compartida, es decir que ambos padres, la ejerzan por períodos de tiempo suficientes y determinados, sin que esto conlleve a desestabilizar emocionalmente al menor, a fin de que se

fortalezcan las relaciones de familia entre padres e hijos, siempre y cuando uno de los progenitores no se encuentren en la imposibilidad de ejercer dicho cuidado.

En definitiva, es preciso que nuestra legislación contemple la figura jurídica de la Tenencia Compartida, la misma que sin afectar la tenencia del menor resuelta por un juez, pueda ser ejercida por el padre y la madre, especialmente dentro del ejercicio pleno del derecho de visitas periódicas, sin ningún tipo de restricción injustificada, lo que equivale a asegurar el cuidado de los vínculos familiares entre padres e hijos que debe tutelar el Estado, quedando prohibida la aplicación de cualquier pretexto para romper, obstruir o impedir la relación entre los progenitores y sus hijos.

3. JUSTIFICACIÓN.

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, dentro del Área del Derecho de Familia, principalmente en la Materia de la Niñez y Adolescencia; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo para optar por el grado de Abogado, además por tratarse de un problema jurídico cuyo estudio nos dejará gran conocimiento de las razones por las cuales con la normativa actual, la mediación no puede darse en materia de menores, y a su vez este trabajo servirá de guía para los estudiantes de la carrera de Derecho que en algún momento tengan la necesidad de conocer sobre el tema.

El presente proyecto de investigación se enmarca un problema de suma relevancia y actualidad social, así como de importancia jurídica y académica, de ello se deriva su factibilidad, puesto que me propongo estudiar las diferentes normas que regulan la tenencia compartida en forma general y su aplicación en materias de Niñez y Adolescencia, de esta forma realizar un estudio jurídico, doctrinario, filosófico y crítico sobre la tenencia compartida y su procedencia en materias de Niñez y Adolescencia, la misma que desde mi punto de vista con la normativa legal vigente no es aplicable.

Esta problemática afecta especialmente a nuestra sociedad, ya que como es de conocimiento general, cada día existen niños y niñas que sufren la separación de los padres, por lo cual se está afectando al derecho a la convivencia familiar, conforme lo menciona nuestra Constitución de la República en su artículo 45 inciso segundo, que establece: *“todos los niños y niñas tienen derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes”*⁴²; con la tenencia compartida, se estaría ayudando a que los menores crezcan en convivencia con ambos padres y poder implementar su desarrollo en su vida cotidiana.

Si tomo en cuenta el problema socio jurídico, que trata esta investigación, es con el fin coadyuvar a que se aplique correctamente la tenencia compartida, como medio de solución de conflictos en materia de menores, con la finalidad que se proteja los derechos del menor y que exista una garantía efectiva, en la

⁴² Constitución de la República del Ecuador; Título Primero; Capítulo Tercero; Sección Quinta; Art: 45 Inciso 2°.

cual el menor pueda desarrollarse en convivencia y protección de ambos padres.

El problema es actual debido a que cada día existen un sinnúmero de situaciones relacionadas a este problema, y en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, ni en ninguna otra norma legal, no se establece una normativa que regularice la tenencia compartida.

4. OBJETIVOS:

a. GENERAL

Realizar un estudio jurídico-doctrinario de la tenencia compartida en materia de menores.

b. ESPECÍFICOS

- *Demostrar que la tenencia compartida, es un medio para garantizar los derechos de convivencia familiar y mantener una buena relación con sus progenitores.*
- *Demostrar el motivo por el cual la tenencia compartida no es aplicada en nuestra normativa*
- *Elaborar una propuesta que implemente la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de lograr el derecho de convivencia familiar.*

5. HIPÓTESIS:

La tenencia compartida como medio de garantizar la convivencia familiar en materia de niñez y adolescencia, tomando en cuenta los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, conforme al Código son primordiales en nuestra legislación.

6. MARCO TEORICO

Para poder tener una mejor comprensión del presente tema de investigación, es necesario comprender los diferentes términos que se utilizarán en el desarrollo del mismo, para lo cual los conceptualizaremos y posteriormente explicarlos.

Derechos.- “Derechos son el conjunto de principios, preceptos y reglas que están sometidos todas las personas para vivir conforme a justicia y paz.”⁴³

Es decir derechos, en plural, hace referencia a aquello que se concede o reconoce a las personas a diferencia de derecho, en singular, que pertenece a la ciencia jurídica o a un sistema jurídico.

Derecho de convivencia familiar.

Al hablar de convivencia debemos entender la misma como “mantener la vida en compañía de otras personas”⁴⁴ por su naturaleza el hombre es un ser humano que no puede desenvolverse solo, independiente o alejado de la sociedad, es por eso que esta llamado a coexistir conjuntamente con otras personas, las cuales conforman su medio existencial.

⁴³ Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Pág119

⁴⁴ Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 97

La familia, conocida como el núcleo fundamental de la sociedad, es también el lugar donde se obtiene mayor cantidad de conocimientos que servirán a los niños niñas y adolescentes en su futuro.

Es así que, la convivencia familiar se desarrolla dentro del vínculo de la familia misma, se refiere a mantener interrelación con los progenitores, hermanos y demás familiares que conforman el hogar, así lo establece el artículo 22 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia “Los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica”⁴⁵.

Uno de los objetivos que busca esta normativa es, mantener la unidad familiar y evitar que el hogar se destruya o se separe, dando motivos a una serie de incidentes que provienen justamente de la separación del hogar, tales como: privación de la patria potestad de uno de los padres del menor, ruptura de la convivencia familiar, etc.

En conclusión los niños, niñas y adolescentes como uno de sus principales derechos que la ley establece, se encuentra el derecho a la convivencia familiar, el cual ha sido establecido con la finalidad de que el menor mientras permanezca dentro del seno familiar pueda ser guiado, instruido y educado por sus dos progenitores, lo cual beneficia enormemente al menor que crecerá con el fomento de buenos valores.

No obstante este derecho se encuentra limitado y en algunos casos priva a uno de los padres cuando se ha producido la ruptura del hogar, o cuando el menor ha sido concebido fuera del matrimonio.

Tenencia.

Debemos conocer, que después de las causas de alimentos hay un segundo problema por la cual afrontan los jueces en un gran número, como es la tenencia de los hijos, conociendo así a la tenencia en general como la posesión

⁴⁵ Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Libro I. Título III. Capítulo II. Art. 22

de alguna cosa, pero en materia de niñez y adolescencia, se la conoce como custodia que tienen los padres sobre sus hijos.

Tenencia es la crianza, cuidado, custodia, protección, el amor de los padres, que de existir siempre para con sus hijos, ya que todos estos aspectos, se los debe tomar en cuenta no solo en las familias que son víctimas de una separación, sino en aquellas de todo el mundo, porque con ellos se estaría ayudando de manera muy importante a los hijos y que en algún futuro no muy lejano, sirvan como ejemplo de padres para con sus hijos de igual manera.

Existen diversos conceptos sobre la tenencia, pero uno muy importante para mi presente temática y que considero acertado, es el del Dr. Rodrigo Saltos Espinoza y el Ab. Rodrigo Saltos Falquez quien nos dice que: *“tenencia es la permanencia de los hijos con sus padres quienes les proporcionaran los cuidados necesarios y suficientes a fin de garantizar una crianza, crecimiento y desarrollo físico y mental normal de los menores”*⁴⁶, es un pequeño concepto pero muy claro, ya que abarca todos los parámetros necesarios que un padre debe tener hacia sus hijos, para lograr un desarrollo eficiente en ellos.

Cuidado y vigilancia

El cuidado y vigilancia del hijo según el escritor Daniel Hugo D'Antonio nos dice *“son deberes inmediatos, observables una vez establecida la tenencia. Derivan de una circunstancia psicofísica resultante de la personalidad inmadura del menor y varían según el desarrollo de dicha personalidad, tanto en su mayor o menor amplitud como en los modos en que se establece y concreta, según los distintos requerimientos de las respectivas edades”*⁴⁷ debemos tener muy en cuenta, que el cuidado de un menor no es nada fácil ya que los padres

⁴⁶ DR. MGS. RODRIGO SALTOS ESPINOZA- AB. RODRIGO SALTOS FALQUEZ, La Conflictividad De Los Derechos De Las Niñas, Niños y Adolescentes En El Ecuador, Biblioteca Jurídica, 2013. P. 375.

⁴⁷ DANIEL HUGO D'ANTONIO, *Patria Potestad*, Editorial Astrea De Alfredo Y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 92.

en cuanto al cuidado de los mismos deben tener mucha precaución para que en algún futuro no afecte al desarrollo de los hijos.

El cuidado de un hijo no consiste solo en observar que este bien, sino que es fundamental que los padres sigan las conductas necesarias que puedan coadyuvar a su crecimiento como las que mencionaremos a continuación:

En cuanto a salud, los padres deben estar en constante cuidado como es la vacunación de cada uno de sus hijos contra aquellas enfermedades propias de la infancia, así como toda otra atención con miras a un normal desarrollo del menor.

Es básico tomar en cuenta la alimentación de los niños, porque esto repercute o influye mucho en su crecimiento y en su desarrollo tanto físico como mental.

Otro aspecto relevante, que los padres deben tomar en cuenta es, la nutrición de los hijos, ya que es el conjunto de procesos biológicos, por los cuales el ser vivo utiliza, transforma e incorpora a sus propias estructuras una serie de sustancias que recibe del mundo exterior a través de los alimentos.

Existen muchos aspectos que se debe tomar en cuenta para que un niño, niña o adolescente, cuente con el cuidado y vigilancia adecuada y satisfactoria para su crecimiento los cuales iré recalcando con el desarrollo de la presente temática.

Educación.

Nuestra Constitución en su artículo 343, a la educación la define como: *“el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura”*⁴⁸, lo cual es un concepto

⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador, título VII, capítulo primero, sección primera, art 344

necesario, para que los padres tengan en cuenta de cómo es la educación en nuestro país, y poder impartir su conocimiento en sus hijos, además deben preguntarles los diferentes tipos de problemas que tienen en el campo de la educación, ya que hoy en día, existen muchos abusos por parte de personas, que se encuentran a su alrededor y de sus compañeros con los cuales se educan diariamente.

Emancipación.

Según el diccionario jurídico Cabanellas, emancipación proviene “*del verbo latino emancipare, que equivale a soltar de la mano o a sacar del poder de alguien; y, por extinción, enajenar, transferir*”⁴⁹. en tal virtud, podemos determinar que la emancipación habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayoría de edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres.

Una persona se emancipa por alguna de estas causas:

1. Por la mayoría de edad.
2. Por el matrimonio del menor.
3. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.
4. Por concesión judicial.

Además nuestro Código Civil en el art. 308 nos dice “ *La emancipación da fin a patria potestad, y esta puede ser tanto voluntaria, legal o judicial*”⁵⁰, en cuanto a las dos clases que existen sobre la emancipación podemos decir que emancipación voluntaria es aquella que se efectúa por instrumento público,

⁴⁹ Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 143

⁵⁰ Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Civil Ecuatoriano. Libro I. Título XIII. Art. 323

emancipación legal se efectúa por la muerte de los padres etc., y la emancipación judicial es aquella que se efectúa por sentencia del juez.

Progenitores.

Según el diccionario jurídico Cabanellas, progenitor es: “*El padre o la madre. Por extensión, cualquier otro ascendiente en línea recta*”⁵¹, de lo antes mencionado, hay que tener en cuenta que la palabra progenitor no es muy desconocida para la mayoría de personas, es por eso que he tomado el concepto de mayor entendimiento ya que todos sabemos que en general la palabra progenitores es mejor conocida como “**padres**”.

7. METODOLOGÍA

Cabe indicar que para la realización del presente Proyecto de Tesis, me serviré de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica nos da a conocer, 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 trabajo investigativo me apoyaré en el método científico, como el método general del conocimiento, así como también en los siguientes:

Inductivo y **deductivo**; estos métodos me permitirán, primero conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular hasta llegar a lo

⁵¹ Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Pág119

general, en algunos casos; y, segundo partiendo de lo general para arribar a lo particular y singular del problema, en otros casos.

Método materialista histórico; el mismo que me permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución, para realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

Método descriptivo; este método me compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual, en la que se desarrolla la temática y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

Método analítico; me permitirá estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos.

7. 1. *Procedimientos y Técnicas*

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, la investigación de campo se concretará, a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas, para las encuestas y cinco entrevistas a profesionales conocedoras de la materia, los mismos que me ayudarán a culminar con éxito mi investigación

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en tablas, barras y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

7. 2. Esquema Provisional del Informe

Este esquema seguirá una secuencia de acuerdo a lo que establece el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico, que establece:

- Resumen en Castellano y Traducido al inglés;
- Introducción;
- Revisión de Literatura;
- Materiales y Métodos;
- Resultados;
- Conclusiones;
- Recomendaciones;
- Bibliografía; y,
- Anexos.

Este esquema debe contar con una secuencia lógica y pertinente como:

✓ **Acopio Teórico:**

- a) Marco Conceptual; derechos de los menores, Derechos de convivencia familia, tenencia, clasificación de los derechos, cuidado y vigilancia de los

hijos, progenitores, emancipación, como medio alternativo para la convivencia familiar en el Ecuador.

- b) Marco Jurídico; Respecto a las leyes Nacionales e Internacionales, y doctrina de varios autores.
- c) Acopio empírico.- Presentación y análisis de los resultados de las encuestas y análisis de los resultados de las entrevistas y estudio de casos.
- d) Síntesis de la investigación jurídica.- Que abarca indicadores de verificación de los objetivos; y la contrastación de hipótesis, la deducción de conclusiones, y el planteamiento de recomendaciones y sugerencias entre los que estarán la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo en meses. 2014-2015	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril
Selección del objeto de estudio.	x x									
Elaboración del proyecto.	x X									
Presentación del proyecto		X								
Aprobación del proyecto		x x x								
Recolección de información			x x	X						
Análisis de información				x	x	x x				
Elaboración del primer borrador.							x X	x x	x	
Elaboración del informe final.										x x x
Aprobación de tesis, por el director.										
Sesión reservada										
Defensa pública y graduación.										

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

En este punto tomare en cuenta tanto los recursos económicos, materiales y humanos que permitan la ejecución y desarrollo de la investigación a efectuarse, en este ítem, presento los recursos que requeriré para realizar mi investigación.

9.1. Recursos Humanos

Director de Tesis: Por designarse.

Proponente del Proyecto: Gerardo Geovanny Soto Gálvez.

Población Investigada: Abogados en libre ejercicio profesional, estudiantes de derecho, y Docentes de la Modalidad Presencial de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

9.2.- Recursos Materiales

Valor USD.

• Adquisición de Bibliografía.....	\$ 100
• Material de oficina.....	\$ 40
• Bibliografía especializada(Libros).....	\$ 150
• Elaboración del Proyecto.....	\$ 100
• Copias Xerox.....	\$ 70
• Internet.....	\$ 100
• Transporte.....	\$ 80
• Reproducción de los ejemplares del borrador...	\$ 100
• Elaboración y reproducción de la tesis de grado	\$ 300
• Imprevistos.....	\$ 100
• varios.....	\$200
Total	\$ 1.340,00

9.3.-Financiamiento:

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a MIL TRECIENTOS CUARENTA DOLARES AMERICANOS, los que serán sufragados con recursos propios del autor.

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Constitución de la República del Ecuador. (2014). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito - Ecuador.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2014). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito - Ecuador.
- Código Civil Ecuatoriano. (2014). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito - Ecuador.
- Dr. MSC. Rodrigo Saltos Espinoza- Abg. Rodrigo Saltos Falquez, La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- CABANELLAS de Torres Guillermo, (1998). Diccionario Jurídico elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina.

Páginas de internet.

- http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63
- <http://www.derechoecuador.com/productos/formatos/detalle/catalogo/formatos/ninas--ni-os-y-adolescentes/varios/code/5543/patria-potestad>
- <http://www.monografias.com/trabajos82/tenencia-interes-superior-del-nino/tenencia-interes-superior-del-nino.shtml>
- <http://www.derechoecuador.com/productos/formatos/detalle/catalogo/formatos/juicios/civiles/code/5513/emancipacion>

INDICE.

Certificación.....	II
Autoría.....	III
Carta de Autorización de tesis.....	IV
Agradecimiento.....	V
Dedicatoria.....	VI
Tabla de contenidos.....	VII
1. Titulo.....	1
2. Resumen.....	2
2.1. Abstract.....	4
3. Introducción.....	6
4. Revisión de literatura.....	8
4.1. Marco conceptual.....	8
4.1.1. Tenencia.....	8
4.1.2. Tenencia compartida.....	10
4.1.3. Convivencia familiar.....	12
4.1.4. Filiación.....	14
4.1.5. Cuidado.....	17
4.1.6. Vigilancia.....	18
4.2. Marco doctrinario.....	20
4.2.1. La tenencia y la patria potestad en roma.....	20
4.2.2. Reseña histórica de la tenencia y la patria potestad en la legislación ecuatoriana.....	22
4.2.3. Análisis crítico de la tenencia compartida.....	25
4.2.4. Características y beneficios de la tenencia compartida.....	28
4.3. Marco jurídico.....	31
4.3.1. Los derechos de convivencia familiar en la Constitución de la República del Ecuador.....	31
4.3.2. La tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	33

4.3.3. Legislación Comparada.....	35
4.3.3.1. Legislación de Estados Unidos.....	35
4.3.3.2. Legislación de España.....	37
4.3.3.3. Legislación de Argentina.....	40
5. Materiales y métodos.....	43
5.1. Materiales utilizados.....	43
5.2. Métodos.....	43
6. Resultados.....	46
6.1. Resultado de la aplicación de encuestas.....	46
6.2. Resultado de la aplicación de entrevistas.....	53
7. Discusión.....	61
7.1. Verificación de objetivos.....	61
7.1.1. Objetivo general.....	61
7.1.2. Objetivos específicos.....	62
7.2. Contrastación de hipótesis.....	64
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta.....	65
8. Conclusiones.	67
9. Recomendaciones.....	69
9.1. Propuesta de reforma legal.....	70
10. Bibliografía.....	73
11. Anexos.....	75
INDICE.....	96