



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

**TÍTULO:**

**“REFORMAS LEGALES AL ART. 118 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, INCORPORANDO UNA NORMATIVA LEGAL QUE PREVEA LA TENENCIA COMPARTIDA PARA EVITAR DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”**

*TESIS, PREVIA A OPTAR POR EL  
TÍTULO DE ABOGADO.*

**AUTOR:**

WASHINGTON PAUL CULQUI GALARZA

**DIRECTOR DE TESIS:**

DR. MG. GONZALO AGUIRRE VALDIVIESO.

LOJA – ECUADOR.

2015

## CERTIFICACIÓN.

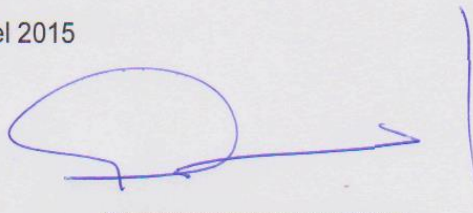
DR. MG. GONZALO AGUIRRE VALDIVIESO, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, EN CALIDAD DE DIRECTOR DE LA PRESENTE TESIS DE GRADO.

### CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el presente trabajo de tesis, titulado: **“REFORMAS LEGALES AL ART. 118 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, INCORPORANDO UNA NORMATIVA LEGAL QUE PREVEA LA TENENCIA COMPARTIDA PARA EVITAR DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES,”** realizado por el señor, WASHINGTON PAUL CULQUI GALARZA, y una vez que el estudio cumple con todos los requisitos reglamentarios autoriza su presentación, sustentación y defensa.

Loja, Febrero del 2015

Atentamente,



Dr. Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso.

DIRECTOR DE TESIS.

## AUTORÍA.

Yo, WASHINGTON PAUL CULQUI GALARZA, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja, y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

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

Firma:



Autor: WASHINGTON PAUL CULQUI GALARZA

Cédula: 0201248580

Fecha: Loja, Febrero del 2015.

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

Yo, WASHINGTON PAUL CULQUI GALARZA declaro ser autor de la Tesis titulada: **“REFORMAS LEGALES AL ART. 118 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, INCORPORANDO UNA NORMATIVA LEGAL QUE PREVEA LA TENENCIA COMPARTIDA PARA EVITAR DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES,**

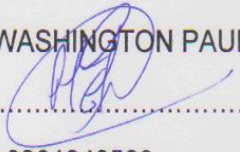
“Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO:** autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 28 días del mes de febrero del dos mil quince, firma el autor:

**AUTOR:** WASHINGTON PAUL CULQUI GALARZA

**FIRMA:**.....

**CÉDULA:** 0201248580

**DIRECCIÓN:** Tena calle Pano y Tena

**CORREO ELECTRÓNICO:** paulitotclav@hotmail.com

**TELÉFONO CÉLULAR:** 0987035428

**DATOS COMPLEMENTARIOS**

**DIRECTOR DE TESIS:** Dr. Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso

**TRIBUNAL DE GRADO:**

Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez (Presidente)

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda (Vocal)

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos (Vocal)

## **DEDICATORIA.**

Considerando que la gratitud es la ventana del alma de los seres humanos, me permito dedicar el presente trabajo, a mis seres queridos como son mis padres, esposa e hija, quienes supieron apoyarme, comprenderme, orientarme, guiarme, convirtiéndose de esta manera en pilar fundamental para cumplir cada una de mis metas propuestas en mis estudios profesionales de Derecho.

El Autor.

## **AGRADECIMIENTO.**

El Divino Creador me ha permitido nacer en la Provincia de Bolívar, realizar mi trabajo en la Provincia de Napo, consecuentemente los bolivarenses somos gratos con quienes nos han dado su mano; en tal virtud expreso mi profundo y sincero agradecimiento a las autoridades y personal docente de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, Carrera de Derecho, Institución que me abrió las puertas para formarme profesionalmente.

A todos mis maestros, quienes con sus sabios conocimientos, compartieron sus enseñanzas en la Ciencia del Derecho.

De manera especial a mi Director de Tesis, Doctor Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso, prestigioso catedrático, de la Universidad Nacional de Loja, Carrera de Derecho, Modalidad de Estudios a Distancia, por su valiosa, oportuna y desinteresada asesoría; quien con su sabiduría y experiencia ha hecho posible la ejecución de esta tesis.

WASHINGTON PAÛL CULQUI GALARZA.

## **TABLA DE CONTENIDOS.**

Portada

Certificación

Autoría

Carta de autorización de Tesis

Dedicatoria

Agradecimiento

**1. TÍTULO.**

**2. RESUMEN.**

2.1 Abstract.

**3. INTRODUCCIÓN.**

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Matrimonio.

4.1.2 Divorcio.

4.1.3 Progenitores.

4.1.4 Hijos.

4.1.5 Custodia legal

4.1.6 Custodia monoparental.

4.1.7 Custodia compartida.

4.1.8 Corresponsabilidad de los progenitores.

4.1.9 La guarda y la custodia.

4.1.10 Tenencia de los hijos.

4.1.11 Régimen de visitas.

4.2 MARCO DOCTRINARIO:

4.2.1 Origen y evolución de la tenencia.

4.2.2 Antecedentes históricos del régimen de visitas en el Ecuador.

4.2.3 Naturaleza jurídica de la tenencia.

4.2.4 Características de la tenencia.

4.2.5. Clases de tenencia

4.2.6. Causas para que proceda la tenencia de los menores

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Convención sobre los derechos del niño.

4.3.2 constitución de la República del Ecuador

4.3.3 Código de la Niñez y Adolescencia

4.3.4. Código Civil

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 Legislación de España

4.4.2 Legislación de Francia

4.4.3 Legislación de Italia

4.4.4 Legislación de Alemania

4.4.5 Legislación de Noruega

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 Materiales utilizados.

5.2 Métodos.

5.3 Procedimientos y Técnicas.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la aplicación de Encuestas.

6.2. Estudio de Casos

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

7.3 Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.



8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. Anexos

Anexo 1

Anexo 2

## **1. TÍTULO:**

**“REFORMAS LEGALES AL ART. 118 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, INCORPORANDO UNA NORMATIVA LEGAL QUE PREVEA LA TENENCIA COMPARTIDA PARA EVITAR DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”**

## **2. RESUMEN.**

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que 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.

Establece además que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

El Art. 108 del Código Civil, menciona algunas reglas en las cuales se concede la tenencia de los hijos, luego del divorcio así: 1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad (...).

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo

las reglas del artículo 106, como el acuerdo de los progenitores; el interés superior del menor si es menor de doce años; si es mayor de doce años al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez; y si ambos demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre.

En el diario vivir se observa que luego de un divorcio, la falta de acuerdo de los padres de familia con respecto al cuidado de sus hijos, por la confusión de las relaciones como pareja y de padres, debido principalmente a la falta de apoyo terapéutico ocasiona que los conflictos familiares se judicialice entrando de esta manera a la pelea, litis o contienda que en tema de familia es desastrosa en cuyo caso el Estado a través del sistema de justicia debe garantizar el respeto al interés superior de los niños y adolescentes.

La tenencia confiada a uno solo de los progenitores de los niños, niñas y adolescentes desencadena la batalla legal entre los padres que tiene como trofeo a los hijos, lo que imposibilita que se establezca la tenencia compartida que reduzca los daños psicológicos en los niños y adolescentes, por la carencia de un marco jurídico legal que la regule, debido a que en nuestro sistema ecuatoriano ha optado por la tenencia de carácter mono parental, es decir sólo uno de los progenitores podía gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro.

Si bien es cierto en el Código de la Niñez y Adolescencia se habla sobre el principio del interés superior del niño y contiene importantes derechos,

sin embargo, no hace referencia a la tenencia compartida, por ende se lo debe de adaptar a la realidad actual, para que de ese modo se respeten y hagan efectivos varios derechos que protejan a niños, niñas y adolescentes, pero sobretodo se busque el fortalecimiento de las relaciones familiares después de una separación conyugal.

Por lo expuesto considero que es necesario regular en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, la cual a pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez podrá otorgarla a ambos progenitores, luego de producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, en la cual el hijo/a vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo, salvo causas que a criterio del juez las considere graves para el desarrollo integral del hijo o hija, como las establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 108 del Código Civil, tales como inhabilidad física o moral del progenitor o temor a la perversión; o, al cónyuge que fue el causante del divorcio. A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño, niña y adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

## **2.1 Abstract.**

The Article 44 of the Constitution of the Republic of Ecuador, said that the State, society and family as a priority promote the comprehensive development of children and adolescents, and ensure the full exercise of their rights; will be addressed early in their best interests and rights prevail over those of others.

Further provides that children and adolescents are entitled to their full development, understood as a process of growth, maturation and deployment of their intellect and their capabilities, potential and aspirations, a, school, social and community affective family environment and security. This environment will allow satisfaction, affective-emotional and cultural, with the support of national and local social needs intersectoral policies.

The Article 108 of the Civil Code, mentions some rules in which the custody of children is granted, after divorce as follows: 1. A mother divorced or separated from husband plays the care of prepubescent children, regardless of sex, and daughters in every age (...).

Article 118 of the Code of Childhood and Adolescence provides that when the judge deems most suitable for the development of the child, entrust their care and upbringing of one parent, if altering the set of parental exercise, you arrange your tenure following the rules of Article 106. In everyday life it is observed that after a divorce, lack of agreement between the parents regarding the care of their children, by confusion of

relationships as couples and parents, mainly due to lack of therapeutic support causes that family conflicts judicialize thus entering the fight, litigation or dispute that family theme is disastrous in which case the State through the justice system should ensure respect for the interests of children and adolescents.

Tenure entrusted to one of the parents of children and adolescents triggers the legal battle between parents whose children trophy, making it impossible for joint custody to reduce the psychological damage in children and adolescents is established for want of a legal framework that regulates, because our Ecuadorian system has opted tenure Single Parent character, ie only one of the parents could enjoy the same, establishing a visitation for another.

While it is true in the Code of Childhood and Adolescence talking about the best interests of the child and contains important rights, however, does not refer to joint custody, therefore you owe it to adapt to the current reality, thereby to respect and fulfill various rights that protect children and adolescents, but most will seek to strengthen family relationships after separation.

For these reasons I consider it necessary to regulate in the Code of Childhood and Adolescence, shared ownership, which at the request of both parents, one or ex officio, the court may grant it to both parents, then produced the de facto separation, disability or dissolution of marriage, in

which the son / daughter will live either with each of their parents watching them for their education and development, except for serious causes aconsejaren otherwise. To this end, priority will be given in granting tenure to parent better ensure the right of children and adolescents to maintain contact with the other parent.



## **2. INTRODUCCIÓN.**

El artículo 69, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado protegerá a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, por lo tanto establece la custodia compartida, de allí la necesidad de regular esta figura jurídica dentro del Código Civil en los artículos 108 y 115 en los casos de divorcio.

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

Una de las partes más difíciles y dolorosas para una madre o un padre que cría solo a sus hijos es el tema de la tenencia y el de las visitas. Los padres tienen que llegar a un acuerdo en cuanto a las responsabilidades de cada uno, a la tenencia y a los derechos de visita hasta que el hijo tenga 18 años, pero si no se ponen de acuerdo, el juez tiene que decidir.

Uno de cada cuatro niños cuyos padres se encuentran en proceso de separación con conflictos por su tenencia llegando a un estado provocado por la manipulación de los hijos por parte de uno de los progenitores (normalmente el o la que tiene la tenencia) en contra del otro progenitor y que provoca, en mayor o menor grado, el rechazo de los hijos hacia este último.

Considero que con la tenencia compartida se rompe la normalidad familiar y sobreviene la crisis matrimonial, toma relevancia, entre otros aspectos, la decisión sobre el cuidado de los hijos, en concreto la elección del sistema de guarda y tenencia física que en adelante ejercerán los progenitores dada la nueva realidad familiar.

Este aspecto es uno de los más delicados durante la crisis matrimonial, debido a que en la mayoría de casos son los hijos quienes sufren en gran parte las consecuencias de la separación, alterando la esfera de seguridad que hasta ese momento tenían.

En esas circunstancias considero que es necesario regular en la Ley la tenencia compartida, que es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores puedan ejercer la tenencia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.

En principio son los progenitores quienes deben consensuar respecto del tema del cuidado de los niños, decidiendo entre una tenencia unilateral o exclusiva, o bien, una tenencia compartida ejercida de forma alternada. La elección entre dichos sistemas debe realizarse superponiendo los intereses de los hijos, sobre los propios de los ex-cónyuges. No obstante, además de ser este el aspecto más importante a tener en cuenta, no pueden obviarse otros como los económicos, sociales, psicológicos, que con la nueva situación familiar se verán afectados.

Si no existe un acuerdo de los progenitores respecto del cuidado de sus hijos, será el Juez quien deba decidir sobre el sistema de tenencia atendiendo principalmente al mejor interés del niño, lo que será valorado conforme a las pruebas que obren en el proceso.

En este trabajo, realizaré un estudio doctrinario y jurisprudencial sobre los dos sistemas de tenencia antes mencionados, así como de los aspectos materiales y personales relacionados con la guarda y cuidado de los hijos, centrando la investigación concretamente en el sistema de tenencia compartida.

Así, antes de entrar de lleno al estudio de esta institución, se aborda inicialmente el tema del matrimonio y divorcio, tenencia, visitas, hijos, etc. que servirá como base para el posterior desarrollo de la nueva figura que interesa en esta investigación.

Me refiero a la tenencia compartida la cual considero importante que debe regularse en la Legislación de menores ecuatoriana, puesto que en legislaciones del Derecho Comparado, en países como España, Francia, Italia, Alemania y Noruega, surge en virtud existe esta figura jurídica, precisamente con la finalidad de buscar la continuada implicación de los progenitores en la crianza y formación de sus hijos pese a la existencia de la crisis matrimonial.

A mi criterio considero que la tenencia compartida permitirá a los progenitores la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, es por ello que se hace necesario establecer nuevos mecanismos legales en caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, a efecto de regular la custodia de los hijos; en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los mismos; lo que ha sido plasmado en la propuesta de reforma jurídica que pongo a consideración.

## 4. REVISIÓN DE LITERATURA.

### 4.1 MARCO CONCEPTUAL.

#### 4.1.1 Matrimonio.

Según Cabanellas:

*“Matrimonio una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural y sagrada de la primera pareja humana surgen en todos los estudios que se investigan en el origen de la vida de los hombres y establecida como principio de todas las creencias que ven la diversidad sexual complementaria en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie humana y célula de la organización primitiva, y en su evolución de los colosales y abrumadores estados civiles. El celebrado ante el funcionario competente del Estado, conforme a la legislación ordinaria.”<sup>1</sup>*

Pierre, quien indica que el matrimonio es un contrato solemne, la cual nos permite relacionar con la definición que trae nuestro Código Civil sobre esta institución civil:

*“Llámesse, de manera general, contrato el consentimiento o acuerdo por el que dos o más personas se comprometen a una cosa respecto de otra o de otras. Que el matrimonio, considerado en el acto por el que se*

---

<sup>1</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico de Derecho Elemental. Editorial Heliasta. Edición 2005. Pág. 251

*constituye sea un contrato, resulta de lo que acabamos de decir, pues consiste en el consentimiento mutuo por el que dos personas legítimas se obligan recíprocamente a llevar vida común, a ayudarse mutuamente y a procrear una descendencia, o por lo menos se confieren este derecho.”<sup>2</sup>*

La explicación realizada por Pierre Adnés, coincide plenamente con la definición que trae nuestro Código Civil, que dice:

*“Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.*

*Ulpiano al referirse al matrimonio, señala: “Las nupcias o matrimonio, es la unión del varón y la mujer (viri et mulieris), que contiene la comunión habitual e indisoluble de vida.”<sup>3</sup>*

Dicho en otras palabras el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer, el cual se encuentra reconocido social, cultural y jurídicamente, cuyo fin es la formación de la familia y su auxilio mutuo, de ahí que la Constitución de la República del Ecuador, la reconozca como célula fundamental de la sociedad.

Manuel Ossorio, define al matrimonio como:

*“Unión de un hombre y una mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales, y considera que el matrimonio,*

---

<sup>2</sup> PIERRE, Adnés. EL MATRIMONIO. Editorial. Herder. El Ministerio Cristiano. 1979. Pág. 45

<sup>3</sup>Citado por BORJA, Luis Felipe. Estudio del Código Civil Chileno. Tomo III. Edición París. Pág. 158

*no es un simple contrato, que afecta solo a las partes contratantes, sino que se trata de una institución que determina luego relaciones paterno filiales con repercusión en la subsistencia de una organización que como es la familia constituye el fundamento de un orden social determinado.”<sup>4</sup>*

En este sentido el matrimonio es una institución de la que arrancan numerosas y trascendentes consecuencias jurídicas, que no son sino el reflejo de la complejidad de esta fórmula social en la que se combinan los más puros afectos con los más fríos intereses patrimoniales.

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

Entonces, el matrimonio civil, una vez que es contraído, impondrá a cada una de las partes tanto derechos como obligaciones que deberán sí o sí ser observados porque de lo contrario implicarán reclamos ante el órgano o autoridad competente. Por tratarse de una unión celebrada ante el estado como garante, éste debe velar porque los derechos y obligaciones de los involucrados se cumplan efectivamente; en aquel caso en el cual el

---

<sup>4</sup> OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Editorial Heliasta. Edición 2012. Pág. 67

cónyuge no cumpla con sus obligaciones podrá ser demandado ante la justicia para que respete la obligación aceptada oportunamente.

#### **4.1.2 Divorcio.**

*“Por divorcio, en general, se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este fenómeno puede producirse por un simple hecho, o acto anti-jurídico, al margen de la ley o bien estar regulado por ella en cuanto a sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias, al margen de la ley, y más exactamente, contra la ley, se producen a veces separaciones de hecho, contrariando principalmente la obligación de cohabitar, y por derivación, oponiéndose a las obligaciones de ayuda mutua y de fidelidad, así como a la de procrear y educar a la prole.”<sup>5</sup>*

Es decir divorcio es la acción o efecto de divorciarse, es decir la acción o efecto de separar el juez competente, por sentencia a dos casados en cuenta a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio.

El divorcio es de dos clases: consensual y controvertido. Cada uno de ellos tiene su trámite correspondiente.

En el caso del divorcio consensual, los contrayentes comparecen ante el juez y solicitan el divorcio, de mutuo acuerdo. En el caso del divorcio

---

<sup>5</sup> LARREA HOLGUIN, Juan. Compendio de Derecho Civil del Ecuador Corporación de estudios y Publicaciones Editorial La Unión C.A. Quito-Ecuador. 1968 Pag.No.348.



controvertido, en cambio comparece uno de los contrayentes, fundamentando su demanda en una de las causales establecidas en el Código Civil, tales como: injurias, adulterio, actitud hostil, abandono, entre otras.

*“Etimológicamente viene de la voz latina DIVORTIUM, esto es, se deja en claro el hecho que después de haber recorrido unidos los dos cónyuges, un trecho se alejan por diferentes caminos. (Divertuntur), esto es irse cada uno por su lado).*

*También se dice que divorcio viene del latín DIVERTERE que quiere decir, cada uno por su lado, para no volverse a juntar.”<sup>6</sup>*

Este concepto es relativo, debido a que han existido casos que los cónyuges se divorcian y se vuelven a casar con la misma persona.

El Diccionario Jurídico Mexicano al referirse al matrimonio, manifiesta:

*“El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la*

---

<sup>6</sup> LARREA HOLGUIN, Juan. Compendio de Derecho Civil del Ecuador Corporación de estudios y Publicaciones Editorial La Unión C.A. Quito-Ecuador. 1968 Pag.No.348.

*autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento.”<sup>7</sup>*

Por lo tanto puedo decir que el divorcio es la consecuencia de la decisión acordada entre los dos cónyuges o tan solo la voluntad de uno de ellos, según corresponda el caso, de disolver el vínculo matrimonial por las diferencias irreconciliables que se suscitaron en la pareja.

Desde que existe la figura del matrimonio ha existido a su lado la del divorcio, aunque claro, en los tiempos más remotos era más común que tanto el hombre o la mujer solicitasen el mismo como consecuencia del adulterio de la otra parte y no como se ha hecho común hoy en día, más que nada entre las celebrities, por diferencias irreconciliables surgidas de la convivencia.

El divorcio deberá ser pedido y tramitado ante un tribunal que se ocupa de las cuestiones civiles o de familia y como decía más arriba, puede ser pedido por los dos cónyuges luego de un acuerdo previo o solicitada por una sola de las partes.

Luego de la sentencia favorable, la persona no vuelve al estado civil de soltero, sino de divorciado, pero de todos modos esto es por ejemplo lo que le permitirá poder casarse nuevamente pero el divorcio trae aparejado

---

<sup>7</sup> UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 2001, pág. 61

algunas cuestiones que una vez que queda instituido deberán resolverse también sí o sí como consecuencia de este, como ser, en el caso de haber bienes en común deberán ser divididos en partes iguales y en la circunstancia que haya hijos en común lo que se hará es dirimir, también en un tribunal, la patria potestad de los chicos y luego establecer un régimen de visitas para aquel cónyuge que no se haya quedado con la tenencia pero que quiere por supuesto cumplir su rol de padre/ madre.

#### **4.1.3 Progenitores.**

Manuel Ossorio, define a los progenitores como:

*“Son los padres respecto de sus hijos. Los progenitores en los procedimientos de separación o divorcio con hijos o guarda y custodia pueden tener una custodia compartida, o tener la custodia atribuida a uno de los progenitores, el derecho de visitas y la obligación de prestar alimentos al otro.”<sup>8</sup>*

De acuerdo a la definición anotada podemos decir que progenitores son los que procrean o engendran, esto es el padre o la madre; por extensión cualquier otro ascendiente en línea recta.

En conclusión se le denomina progenitores a los parentales de un individuo.

---

<sup>8</sup> OSSORIO MANUEL, Diccionario Jurídico de Derecho Elemental. Editorial Heliasta. Edición 2013.

Siempre y cuando estos hayan sido los contribuyentes genéticos.

Sólo son progenitores los padres con los cuales un hijo comparte información genética.

#### **4.1.4 Hijos.**

*“Hablando en general, es el engendrado de macho y hembra con respecto a sus padres; pero ahora nos contraemos al engendrado de hombre y mujer. Decimos engendrado y no nacido, porque desde que el hombre se halla en el seno materno existe ya de algún modo; la ley por lo tanto fija en él sus ojos protectores, vela en su conservación y desarrollo, y le asegura sus intereses civiles, teniéndole por nacido para todo lo que le fuere útil; y cuando llega efectivamente a nacer, se cuenta en el número de los hombres y goza de los derechos asegurados por la ley.”<sup>9</sup>*

Para efectos del estudio de la tenencia, se ha de entender como hijo o hija, al menor incapaz, quien juega el papel protagónico de esta figura. Como se ha explicado, la tenencia se ha establecido por la imperiosidad de determinar la situación física permanente del niño o niña; es decir, la figura jurídica es propia de la "Institución del Derecho de Menores", la cual pone de relieve la importancia de proteger al menor y situarlo al cuidado

---

<sup>9</sup> DIAZ, Ruy. Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales. Versión CD. 2010

que mejores garantías le ofrezca; es por esta consideración que los padres quedan relegados a un segundo plano.

*La palabra "hijo", una de las expresiones centrales del Derecho de familia, procede directamente de la voz latina filis. La voz hijo, se refiere estrictamente a aquellas personas que se hallan en relación de descendencia inmediata con sus progenitores. Descendiente consanguíneo en primer grado de una persona; el vínculo familiar entre un ser humano y su padre o madre.”<sup>10</sup>*

Hijos consanguíneos, son los hijos legítimos que nacen cuando sus padres están casados (como casi todos en el mundo), los hijos naturales son cuando no están o no estaban casados los padres y los adoptivos son que no provienen de los padres, van en un centro de adopción donde escogen a un niño para cuidarlo y tratarlo como si fuera su hijo, de ahí viene la palabra adoptados.

Al hablar de hijos consanguíneos, hacemos referencia a la consanguinidad, es decir a relación de sangre entre dos personas, los parientes consanguíneos son aquellos que comparten sangre por tener algún pariente común; los parientes no consanguíneos son aquellos que no presentan un vínculo de sangre, pero que son parientes por un vínculo

---

<sup>10</sup> REVISTA JUDICIAL. derechoecuador.com. Diario La Hora. Quito, julio del 2012

legal (matrimonio adopción). A esta otra relación de parentesco se le denomina afinidad.

Los grados de consanguinidad en función de la sucesión intestada, se evidencia, con el número de generaciones existentes. Así, la relación padre-hijo es de primer grado, mientras que la de abuelo-nieto es de segundo grado.

Escriche, nos da la siguiente definición de hijos:

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

Por consiguiente el hijo es el descendiente en primer grado de una persona.

De la relación paternofilial se deriva una larga serie de derechos y obligaciones, algunos de los cuales afectan exclusivamente al concepto padre (o madre, en su caso) e hijo.”<sup>11</sup>

Los hijos pueden ser de distintas calificaciones legales, originadas en la situación de sus progenitores en el momento de la concepción y del

---

<sup>11</sup> ESCRICHE, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Escriche, Joaquín

nacimiento, principalmente según que esas circunstancias ocurriesen dentro o fuera del matrimonio.

#### **4.1.5 Custodia legal.**

CABANELLAS, define a la custodia legal como manera:

“En el ámbito del derecho familiar se designa como custodia legal a la situación jurídica que se desarrolla a partir de la sentencia que emite un tribunal o un juez y que le otorga a un individuo o a varios, la guarda y custodia de un menor de edad o de un individuo con discapacidad y que por tanto es incapaz de valerse por sí mismo.”<sup>12</sup>

Esta situación habitualmente se da en casos de separación matrimonial o divorcio de los padres, en cuyo caso es necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (muy distinto a la patria potestad).

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

---

<sup>12</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico de Derecho Elemental, 2005, pág. 78

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

La custodia legal supone una serie de deberes y responsabilidades del adulto con respecto al menor o incapaz. Tiene deber de manutención y cuidado del mismo, y asume las responsabilidades que ello conlleva.

En ocasiones también puede suceder que alguien que ostenta la custodia legal quiera deshacerse de dicha obligación, ya sea por incapacidad económica (por ejemplo, madres sin recursos que dan al hijo en adopción) o por no verse capaces de educar correctamente a un hijo problemático.

#### **4.1.6 Custodia monoparental.**

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

“Se entiende aquella que está compuesta por un solo miembro de la pareja progenitora (varón o mujer) y en la que los hijos, de forma prolongada, pierden el contacto con uno de los padres. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en



esta materia, según demuestra las estadísticas, no ha habido grandes cambios. Entre un 80 y un 90% de los hogares monoparentales tienen a la madre (biológica o adoptiva) como responsable.”<sup>13</sup>

Por lo tanto puedo decir que la custodia monoparental consiste en los casos de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, en darle la custodia a uno de los padres, 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. Sin embargo, hay muchos otros casos en que puede fracasar.

La custodia monoparental impuesta ha animado así a todo padre o madre despechado que se ha encontrado en posición ventajosa para ser el ganador, a poner demanda judicial para que al otro se le retirara la custodia.

Casi siempre ganaría. Conseguiría, no sólo suculentos beneficios materiales sino, de paso, hundir al otro en la ruina moral. La madre (o padre) que ha vislumbrado probabilidades de ser el perdedor, se ha visto empujada a alejarse emocionalmente de sus hijos si quería no sufrir. De todos los elementos que hay en esta ley, el más aberrante es que, una vez producida una demanda, el Juez ha tenido que interpretarla como un

---

<sup>13</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000, pág. 19.

derecho de cualquier progenitor a vetar la posibilidad de que ambos conserven la custodia legal; esto significa que por esta ley, se ha obligado al juez a respetar el itigien a muerte: uno perderá la custodia.

La custodia monoparental es la usual en países de raigambre latina.

#### **4.1.7 Custodia compartida.**

“La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.”<sup>14</sup>

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

---

<sup>14</sup> VARS 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

compartida que no quiere decir exactamente que el hijo pase semanas o meses alternos con uno de los dos, sino que debe haber reparto equitativo y más proporcionado del tiempo en que gozan del hijo, con matices y variedades en la guarda y custodia según dónde y cómo vivan los padres.

Así mismo deberían repartirse las cargas económicas que la educación y la crianza llevan consigo y no hacerlas recaer sobre el padre, sobre todo, como viene ocurriendo. Esto es una antiqualla. Los padres se pueden separar pero eso no significa que los hijos deban separarse más de un progenitor que del otro, pues los padres los son al cincuenta por ciento, o sea a partes iguales.

Se puede argumentar que hay casos en el que el padre no está por la labor de ocuparse de la labor educativa y sus cuidados en igualdad de circunstancias, si esto se demuestra, pero también hay madres ya que no cumplen sus responsabilidades conforme a lo esperado.

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

culpables de que sus padres se lleven tan mal que se hayan separado. Parece que poco a poco el tema de la guarda y custodia compartida va calando en la sociedad afortunadamente.

La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Se contrapone a la figura de la custodia monoparental que es ejercida por uno solo de los progenitores.

Es compartir las decisiones importantes de la vida del menor, como en qué localidad vivirá, a qué colegio irá, en qué idioma estudiará, qué médicos le atenderán, etc.

Es compartir las obligaciones, como todos los gastos que tenga el menor, encargarse de él, de su educación, de su colegio, de sus costumbres, de sus amigos, etc.

En pocas palabras, compartir la custodia es seguir siendo y ejerciendo de padre y madre (en las mismas condiciones que se hacía antes del divorcio). La custodia compartida, existe desde que nacen hasta que se emancipan o una sentencia judicial priva a los menores de ese derecho, por el mero hecho de que sus padres se separen o divorcien

#### **4.1.8 Corresponsabilidad de los progenitores.**

El Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche, manifiesta:

“Es la que obliga a compartir o repartir equitativamente las funciones de cuidado, educación y crianza en ambos padres, sin perjuicio que sea uno de ellos el que tenga la custodia o tenencia.”<sup>15</sup>

Esto es importante, puesto que en el régimen actual, el padre no custodio se limita básicamente a proveer y a mantener una relación directa y regular, pero a la hora de la toma de decisiones en cosas tan importantes como en que colegio ha de estudiar, que religión ha de profesar u otras similares, pareciera ser que no tiene nada que decir, versus el padre a quien se ha confiado el cuidado personal. De otra parte, al separar Cuidado personal de Custodia se permite que mientras la primera sea compartida, la segunda pueda no serlo si ello es mejor para la estabilidad y los intereses superiores del niño o niña. Sin embargo, la idea de Corresponsabilidad obliga de todos modos a delimitar o a convenir de qué modo se compartirán o repartirán las funciones por los padres, lo que presupone una posible mayor judicialización.

#### **4.1.9 La guarda y custodia.**

Dentro del matrimonio, los padres y los hijos tienen una convivencia común que refleja unidad familiar. No obstante, una vez los cónyuges se divorcian, esa convivencia se rompe acarreando la inconmensurable necesidad de determinar cuál de ellos continuará la convivencia con sus

---

<sup>15</sup> Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche,

hijos con todas las implicaciones que esta conlleva. Los hijos, por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también, podrían convivir de manera compartida (en alternancia) con ambos.

Según SARAVIA GONZÁLEZ, “la atribución de la guarda y custodia de los hijos constituye una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en los procedimientos de separación y divorcio.”<sup>16</sup>

Para su determinación, bien sea mediante acuerdo de los progenitores, bien por decisión judicial, han de tomarse en cuenta factores y circunstancias diversas dirigidas a adoptar la resolución menos perjudicial para los hijos afectados por el proceso de crisis.

Además, la fijación de la custodia conlleva la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el hijo las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio tiene lugar mediante un quehacer cotidiano y doméstico que permitirá al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el niño.

En este sentido, RAGEL SÁNCHEZ, al referirse a los términos guarda y custodia, establece lo siguiente: “La palabra guarda tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa, deriva del francés antiguo la expresión. Ser

---

<sup>16</sup> [www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=6&idt=41756](http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=6&idt=41756)

una persona o cosa en guarda de uno, lo que quiere decir: estar bajo su protección o defensa. Por su parte, la palabra custodiar, significa, en su primera acepción, guardar con cuidado y vigilancia. Y concluye este autor: Las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado, está reforzada.”<sup>17</sup>

“DEL VAS GONZÁLEZ, considera que la guarda y custodia se identifica plenamente con el concepto de cuidado y ello porque el Particularmente, ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA señala que sobrevenida la crisis conyugal se debería suprimir el término guarda y custodia para ser sustituido por distribución racional de la convivencia, sin que ello signifique desproteger a los hijos suprimiendo el término, sino la eliminación con ello de estigmas y diferencias que permitieran una mayor posibilidad de pactos entre los progenitores, centrándose la discusión exclusivamente en el reparto del tiempo que han de permanecer los hijos con cada uno de ellos.”<sup>18</sup>

La patria potestad. Dentro del matrimonio, los padres y los hijos tienen una convivencia común que refleja unidad familiar. No obstante, una vez los cónyuges se divorcian, esa convivencia se rompe acarreado la imperante necesidad de determinar cuál de ellos continuará la

---

<sup>17</sup> [www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=6&idt=41756](http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=6&idt=41756)

<sup>18</sup> [www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=6&idt=41756](http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=6&idt=41756)

convivencia con sus hijos con todas las implicaciones que esta conlleva. Los hijos, por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también, podrían convivir de manera compartida con ambos.

Los progenitores, vivan juntos o separados, deben participar en todo lo relacionado con la educación y cuidado de los hijos. No hay que olvidar que ambos son los titulares de la patria potestad y que su responsabilidad parentales compartida.

La separación por tanto no ha de alterar en esencia el contenido de las funciones tuitivas, tan sólo en determinados supuestos lo condicionará, pues obviamente cuando cesa la convivencia la obligación de tener a los hijos en su compañía no puede coincidir, pero si alternar y por ende los hijos han de pasar un determinado tiempo con cada uno de los progenitores.

El reparto temporal de esa estancia con la madre y el padre, en situaciones normales donde rige el criterio del ejercicio compartido de las funciones tuitivas, debe ser lo más equitativo posible, sin descartar la aplicación de cualquier fórmula pues la regulación de la guarda y custodia ha de hacerse atendiendo a lo que resulte más conveniente para el menor en cada caso concreto.

#### **4.1.10 Tenencia de los hijos.**

Para Cabanellas, tenencia, es:



*“Problema que se plantea cuando los progenitores divorciados o en trámite de divorcio, separados, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación de matrimonio, ya que es preciso determinar cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esta cuestión se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos, incluso salir con ellos.”<sup>19</sup>*

El Dr. Rubén Aguirre, en su obra *La Tenencia de Menores en el Ecuador* se refiere al deber moral de la Tuición de la siguiente manera:

*“Del deber moral que ostenta la tuición, se desprende la enorme 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 llevar 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.”<sup>20</sup>*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la tenencia de la siguiente manera:

---

<sup>19</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Actualizado al 2012. Pág. 37

<sup>20</sup> Rubén Aguirre. *La tenencia de menores en el Ecuador*. I Edición. Editorial Graficas Cárdenas. Quito. Pág. 36.

*“Ocupación, posesión actual y corporal de una cosa.”<sup>21</sup>*

Para Sempertegui Walter y Aveiga Deisy, en su obra:

Aplicación de Código de Menores nos indica 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).”<sup>22</sup>*

En síntesis, la tenencia, es el cuidado, protección y amparo de los hijos que debe brindarles el padre, madre o la persona bajo cuya patria potestad está el menor.

#### **4.1.11 Régimen de visitas.**

La Dra. Martha Stilerman en su obra Menores, Habla del régimen de visitas de la siguiente manera:

*“El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de orden natural, por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos.”<sup>23</sup>*

---

<sup>21</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española Edición XXI. Editorial Espasa S.A. Tomo II. 1997. Pág. 1859.

<sup>22</sup> SERPENTEGUI Y OTROS, Norma y Procedimiento, Aplicación del Código de Menores en el Ecuador primera edición, Editorial Estatal, Guayaquil, Año 1995, Pág. 49.

<sup>23</sup> Menores, Martha N. Stilerman, Editorial Universidad S.R.I, Tomo1, Buenos Aires, Argentina, Año 1991, Pag145.

El tratadista Ecuatoriano Dr. Rubén Aguirre A. en su Obra La Tenencia de Menores en el Ecuador nos da un concepto sobre este tema:

*“Es el derecho que tienen los padres o los familiares para ser visitados por sus hijos o consanguíneos menores de edad, con la frecuencia y libertad que el Juzgado de la Niñez y Adolescencia, o el Juez de lo Civil respectivo estimare conveniente, en los que se fijan los días y la hora en que dichos menores deban visitarlos, y ser devueltos a la persona que goza de la Tenencia del Menor de acuerdo a lo establecido en la respectiva resolución.”<sup>24</sup>*

Es decir régimen de visitas, es el derecho concedido por la Ley en favor de uno de los padres, pariente más cercano e inclusive a un tercero, que le ha sido privado de la tenencia del menor, para visitar o ser visitado por éste en la forma y la frecuencia que el Juez de la Niñez y la Adolescencia lo fije al expedir la sentencia de la tenencia.

---

<sup>24</sup> Dr. Rubén Aguirre A. La Tenencia de Menores en el Ecuador, Editorial Cárdenas, Quito Ecuador, 1 Edición, Pág. 147.

## 4.2 MARCO DOCTRINARIO.

### 4.2.1 Origen y evolución de la tenencia.

Lamentablemente, la razón por la cual en el mundo ha sido menester crear la figura de la tenencia, es por la falta de razonamiento en las parejas que se están separando, las cuales observan a su hijo como un trofeo y medio para herir a su hoy opuesto; sin darse cuenta, que lo que menos importancia tiene es su separación la cual posiblemente les traiga tranquilidad y que el bienestar del niño es superior a cualquier diferencia que exista entre ellos.

Alicia Pérez Duarte coincide en este sentido y manifiesta:

*"Los hijos e hijas, desafortunadamente, son motivo de enconados conflictos entre varones y mujeres. Desde hace más de veinte años he sido testigo de cómo son utilizados por cónyuges, divorciados y concubinos como un arma para herir o destruir al otro u otra. Los archivos del Poder judicial son mudas evidencias de estas afirmaciones."<sup>25</sup>*

Como se ha argumentado, la separación de los padres es la primera y más importante causal para el apareamiento de la tenencia en el régimen legal; esto obedece a una situación fáctica, ya que cuando las parejas conviven no es necesario definir este derecho, deben ambos padres ejercer la tenencia de su hijo, con quien comparten el diario vivir; pero

---

<sup>25</sup> PEREZ DUARTE, Alicia Elena. Derecho de Familia. Publicado por [ELMAGOAZ](#)

cuando se produce una separación entre los padres, el efecto principal es que los ascendientes alterarán su estilo de vida y así la del menor.

#### **4.2.2 Antecedentes históricos del régimen de visitas en el Ecuador.**

En cuanto a su origen no tiene un origen legal definido, pero su data es larga en el derecho aplicado ya que nace de la jurisprudencia.

*“La comunicación integral en las relaciones paterno filiales es un derecho subjetivo familiar autónomo y típico en la legislación comparada. Sin embargo, existen Códigos que no la contemplan expresamente, tal es el caso del clásico Italiano a lo que sus teóricos han sostenido que por la antigüedad del código no se trató específicamente pues el derecho de relación familiar es nuevo. En el modernísimo Código Brasileiro de 2003 tampoco lo regula expresamente, tratándose el direito de visita como sostienen sus analistas como medida provisional sustentada en el derecho de compañía de los hijos y es accionada a través de normas procedimentales (Código de procedimientos civiles, 1638).*

*Argumenta Diaz Alabar que se trata de una relación tan natural que trasciende el puro ámbito del derecho positivo encuadrándose en los principios generales del derecho de la persona y la familia.”<sup>26</sup>*

En el Ecuador, el régimen de visitas se regula con la expedición del Código de Menores, en cuyo art. 62, expresa:

---

<sup>26</sup> DIAZ ALABART, Silvia: —El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC), en: Revista de derecho privado, mayo –junio de 2003, p. 353 y 355

“Sección IV

*RÉGIMEN DE VISITAS.*

*Art. 62.- El tribunal al dictar los fallos sobre la tenencia regulará las visitas que se deban realizar entre el menor y sus padres. En el régimen de visitas se cuidará siempre la necesaria estabilidad emocional y física para la crianza y desarrollo del menor, por lo cual el tribunal podrá prohibirlas de ser necesario.*

*Art. 63.- No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieran sido sacados los hijos, visitar o recibir la visita de éstos en la forma, la frecuencia y libertad que el tribunal estime convenientes, excepto lo señalado en el artículo anterior.*

*El derecho de visita se extiende a los parientes más cercanos del menor y a terceros cuando el interés del menor así lo justifique.*

*Art. 64.- La inobservancia debidamente probada del régimen de visitas dispuesto por el Tribunal competente, será causa de apremio personal en contra del infractor y podrá dar lugar a la modificación de la resolución sobre la forma y frecuencia de las visitas, inclusive a la revocatoria de ésta.”<sup>27</sup>*

---

<sup>27</sup> CÒDIGO DE MENORES. 1976

Como se puede apreciar, el derecho a visitas surge desde muchos años atrás, en nuestro país y se mantiene hasta nuestros días, en el actual Código de la Niñez y Adolescencia.

#### **4.2.3 Naturaleza jurídica de la tenencia.**

En cuanto a la su naturaleza jurídica, la doctrina peruana, señala:

*“El derecho de visitas como Derecho Natural.*

*Se afirma que el derecho de visitas es un derecho natural pues proviene de la naturaleza humana, así es entendido en jurisprudencia nacional como extranjera.*

#### **◆ El Derecho de Visitas como Derecho Subjetivo.**

*Se afirma que el derecho de visitas como derecho subjetivo es uno de naturaleza subjetiva pues en él se encuentran inversos con interés y la potestad de actuar en defensa del mismo, Ennecerus en tal sentido afirma “es un derecho subjetivo, absoluto y eficaz contra todo tercero.*

*Este derecho subjetivo de naturaleza familiar es determinado por las relaciones que surgen en virtud de la posición que un individuo ocupa en la familia.*

#### **◆ El derecho de visitas como Derecho de Deber.**

*Se considera como un derecho de deber porque esta caracterizado por no servir exclusivamente al interés del titular sino al interés del menor por lo que su ejercicio se convierte en un deber ético frente al él, asimismo la actuación del beneficiario del derecho está orientada a efectos fines que son la base de su concesión en esta caso favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva ente el titular y el menor, protagonistas ambos pero más valioso el interés del menor.”<sup>28</sup>*

*“Existen posiciones variadas en la doctrina acerca de la calidad y naturaleza de este derecho. Algunos dicen que se trata de derecho personal y familiar, otros que es derecho de la persona vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, o un derecho subjetivo especial que permite el ejercicio de poder relacionarse, o un derecho personal incluido dentro de los derechos personales. Incluso, dada su extensión a familiares y allegados así como su singularidad, se les otorga la naturaleza de ser un derecho personal y familiar oseudofamiliar.*

*Consideramos que se trata de un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existe el derecho de ambas partes menor y familiar de relacionarse, de estarse en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración.*

---

<sup>28</sup> KYLE PRUETT, “El rol del padre. La función irremplazable” Ediciones B Argentina. 2001



*Este derecho permite ello. Pero no sólo robustece las relaciones familiares, sino que en muchos casos las hace nacer, surgir, al integrar a la relación personal a sujetos apartados o distantes.”<sup>29</sup>*

#### **4.2.4 Características de la tenencia.**

Para entender de mejor manera el alcance de la tenencia en nuestro ordenamiento jurídico, es menester conocer sus características:

- *“Carácter Personalísimo o Intuitu Personae: Este derecho puede ser reclamado única y exclusivamente por los titulares del mismo, y singularmente puede ejercerse sobre la persona del menor.*
- *Derecho restringido: Puede ejercerse únicamente frente a los menores de edad, quienes por su simple condición de incapaces necesitan cuidados especiales, esta institución proteccional no puede extenderse a mayores de edad, ni aún por pretexto de su incapacidad.*
- *Divisible: La tenencia compartida, a la que se puede llegar por acuerdo de los padres, le da el carácter de divisibilidad a la tenencia, el menor compartirá el tiempo con ambos padres.*
- *Transmisible: Efectivamente, la custodia sí es trasmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas, sean éstas físicas como lo serían parientes o morales como instituciones educativas.”<sup>30</sup>*

---

<sup>29</sup> VARSÍ ROSPIGLIOS, Enrique. DERECHO DE RELACIÓN. Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes

<sup>30</sup> PEREZ DUARTE, Alicia Elena. Derecho de Familia. Publicado por ELMAGOAZ.

Es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la pareja. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación y cuidado y salud de los hijos. Además se posibilita que en la traumática situación que los hijos viven se mantengan los afectos referidos a sus actividades habituales: al barrio, los amigos, la escuela, etcétera. Tal solución facilita la adaptación del niño a la nueva situación.

Por otra parte, el cuadro de disgregación se complica por las modificaciones económico-sociales y culturales producidas en la familia contemporánea; también por la existencia de familias ensambladas debido a parejas o matrimonios sucesivos de los progenitores. Estas nuevas situaciones alteran, en numerosos supuestos, las formas de solución tradicionales. Son entonces los jueces de familia quienes deben resolver de la manera más conveniente y justa. Para ello deberán analizar jurídica y socialmente la nueva situación y tendrán en cuenta los intereses familiares en consonancia con los del menor.

La regla general de solución para el otorgamiento de la guarda, impartida por el Código Civil, expresa que se deberá otorgar la tenencia al progenitor que se considere más idóneo. En consecuencia, deberá

resolverse adjudicando su ejercicio a aquel padre en el que concurren condiciones que hagan presumir que resultarán mejores para la convivencia del menor en el seno familiar. La resolución recaerá entonces eligiendo al progenitor que esté en mejores condiciones de hacerlo.

#### **4.2.5 Clases de tenencia.**

Según la doctrina, la tenencia se clasifica en:

- “a) Tenencia unipaternal; y,
- b) Tenencia pluripaternal.

#### ***Tenencia unipaternal.***

*“Tuición unipaternal es el conjunto de deberes y derechos que corresponden 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.”<sup>31</sup>*

Entonces, la tenencia unipaternal, es el otorgamiento de la permanencia general del menor con uno de los progenitores, deduciéndose que el progenitor poseedor de la tenencia, es aquel que presente los mejores

---

<sup>31</sup> PEREZ DUARTE, Alicia Elena. Derecho de Familia. Publicado por ELMAGOAZ.

rasgos de responsabilidad y aptitud; rasgos que ayudarán al desenvolvimiento del menor.

*“En similar sentido al modelo ecuatoriano, se manifiesta la práctica procesal argentina en materia minoril, la cual obliga a los padres a resolver la tenencia de los hijos menores antes del divorcio.*

### ***Tenencia pluripaternal.***

*“Pese a que esta resolución da origen a la tenencia compartida, limita su alcance al acuerdo entre progenitores, por cuanto afecta el instrumento, la tenencia alternada en el derecho comparado, se encaminó para que ambos progenitores puedan ostentar la tenencia de su hijo, luego de que uno de ellos la haya demandado y demostrado su conveniencia, a fin de que por sentencia se regulen las condiciones para la alternancia del menor.*

*El primer problema a resolver, es determinar la forma idónea para establecer los días en que se les otorgará la tenencia a los padres, sin que esto afecte la integridad emocional del menor, o su rendimiento académico.*

*Es difícil encontrar una forma práctica de ejecutar la teoría; por un lado tenemos el interés superior del niño que impide se consiga un fallo que pueda causar malestar en su desenvolvimiento y por otro lado, está el*

*reclamo de uno de sus padres, que presumiblemente obedece a intentar mejorar la situación de su hijo.”<sup>32</sup>*

#### **4.2.6 Causas para que proceda la tenencia de los menores.**

Tenemos diversas causas por las cuales uno de los progenitores o un pariente cercano puede solicitar la tenencia, entre ellas cito las siguientes:

*“Causas físicas, los problemas físicos que puedan presentarse en la custodia, incidental la tenencia, en las veces que repercutan al papel de protector que debe llevar frente al menor, dicho en otros términos, cuando el problema físico que agobie al custodio, pueda poner en peligro físico o simplemente comprometa la salud del menor, entonces se debe evaluar los impedimentos que ofrezca esta dificultad y confrontarlos con los beneficios que pueda proveer el custodio, pese a su condición.*

*La multiplicidad de casos que se pueden plantear a este respecto, son de muy variada índole, por lo que se buscará ilustrar mejor la idea, con particulares. Situándonos en el ejemplo de que el custodio posea paraplejía, y por tal condición, su rutina de vida no pueda satisfacer las necesidades del menor a su cargo, entonces,, se revelaría la importancia de que el menor sea trasladado al cuidado de otra persona, de no hacerlo, la integridad física del menor estaría comprometida, adicionando al ejemplo la posibilidad de que ese menor tenga 7 años, se vería aún*

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*

*más dificultada la tenencia y el interés superior del niño, si no se tomara las medidas pertinentes, que aseguren un mejor medio para su desarrollo.*

*Marta Stilerman comparte este criterio y agrega:*

*Resulta igualmente desaconsejable que una madre adicta se haga cargo de un menor, si su adicción no le permite desarrollar una vida normal, tanto en el plano laboral como en su rol de madre. El niño padece esta situación que él no ha elegido y de cuyas tristes consecuencias es víctima. En algunos casos graves de adicción, se corre el riesgo de que el mayor que es adicto intoxique también al menor.”<sup>33</sup>*

En este sentido la tenencia de un menor puede cederse al otro progenitor, ya sea porque quien tenía su custodia, adoleció de una grave enfermedad catastrófica que le impide cuidarle; así como también en los casos donde el progenitor a cargo del menor no es una persona idónea para su cuidado, debido a causas como drogadicción, alcoholismo, debido a que el menor correría graves riesgos conviviendo con personas adictas.

Otra causa son las psíquicas, *“en cuanto perjudiquen al menor, generan igual daño que las físicas, si se ha enmarcado como principio constitucional, el cuidado a la integridad física y psíquica del niño,*

---

<sup>33</sup> MOYA SÁNCHEZ, Viviana Maribel. “LA PUGNA DE LOS PADRES POR LA TENENCIA DE LOS HIJOS GENERA DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS MENORES EN EL JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA .Ambato – Ecuador-2010

*entonces el alcance que ofrecen los dos elementos son equiparables entre sí.*

*Igual de dañino es el impedimento físico al psicológico, si la conducta del custodio hace peligrar la integridad emocional del niño, poniéndolo en una situación de desespero constante. De ser el caso, es necesario que se suspenda la tenencia de este padre inmaduro, que está perjudicando la tranquilidad espiritual de su hijo.*

*Marta Stilerman, quién ha estudiado estos fenómenos ha profundidad dice a este respecto:*

*"Asimismo, no consideramos aconsejable otorgar la tenencia de un menor a la madre cuando ésta se encuentra afectada por graves problemas psíquicos que hagan presumible que se produzca un abandono, aun cuando sea temporario, del menor."<sup>34</sup>*

En el presente caso hace referencia a que no es prudente que el menor conviva con una persona que tiene alteraciones psicológicas, obviamente debido a que no tiene en sus facultades mentales aptas para brindarle un adecuado cuidado y protección al menor.

---

<sup>34</sup> MOYA SÁNCHEZ, Viviana Maribel. "LA PUGNA DE LOS PADRES POR LA TENENCIA DE LOS HIJOS GENERA DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS MENORES EN EL JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA .Ambato – Ecuador-2010

### **4.3 MARCO JURÍDICO.**

#### **4.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño.**

EL Artículo 9, de la Convención sobre los Derechos del Niño, al referirse a los derechos de los mismos, señala:

*1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

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

*4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la*



*deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”<sup>35</sup>.*

Puedo evidenciar que la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Art. 9, antes transcrito, garantiza el derecho que tienen los niños, niñas y adolescente que están separados de sus padres o de uno de ellos a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, cuya finalidad es la de garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente, sin embargo, esto casi no se cumple, puesto que en casos de divorcio por lo general quien queda bajo la custodia del menor es la madre, limitándose al padre a visitarlos a veces solo los días sábados o domingos y en muy raras ocasiones dos horas diarias todos los días. Es decir existe una amplia normativa internacional que garantiza entre los diversos derechos de las niñas, niños y adolescentes, el derecho a la integridad personal.

---

<sup>35</sup> CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Asamblea General, en su resolución 50/155 de 21 de diciembre de 1995, aprobó la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sustituyendo la palabra “diez” por la palabra “dieciocho”. La enmienda entró en vigencia el 18 de noviembre de 2002, fecha en que quedó aceptada por dos tercios de los Estados partes (128 de 191).

La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los Niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía.

#### **4.3.2 Constitución de la República del Ecuador.**

La Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, señala:

*“Art. 39.El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente*

*su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.”<sup>36</sup>*

El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación.

El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento”

2. Es menester indicar que en la Constitución de la República del Ecuador que acaba de fenecer, existieron grandes ofrecimientos por parte del Estado hacia este grupo de la población ecuatoriana que son los jóvenes, pero en la vida del cotidiano vivir nunca se plasmó en realidad.

Con el nuevo compromiso que ha adquirido el estado ecuatoriano se implementa en esta nueva Constitución una disposición destinada para los jóvenes, y con la novedad de que en las próximas elecciones, tendrán acceso al sufragio, como derecho juvenil. Esperemos que este sector lejos de ocasionar más de un inconveniente por la falta de conocimiento y de práctica, aporten positivamente el crecimiento económico del país.

Otra disposición legal que dedica gran parte de su contenido es el Art. 44, que me permito transcribir, para mayor elemento de juicio del lector,

---

<sup>36</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013.

señala:

*“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*

*Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”<sup>37</sup>*

En esta disposición se agrega el derecho de las niñas, niños y adolescentes prevalecerán sobre los derechos de las demás personas, acotamiento éste, esperemos sea en la práctica una verdadera realidad.

El Art. 45 ibídem, expresa:

*“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá*

---

<sup>37</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013.

*y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.*

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

*El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”<sup>38</sup>*

Esta disposición fue motivo de gran controversia en todo el país, ya que se manifestaron todos y cada uno de los diferentes sectores, de acuerdo a sus interés personales, religiosos y económicos.

Ofrece también una seguridad en su convivencia familiar y comunitaria, dentro del contexto de las relaciones afectivas, esperemos que así sea, por el bien de la sociedad en sí. Ahora bien, analicemos otro precepto

---

<sup>38</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013.

constitucional que está destinado a este grupo vulnerable de personas que así lo denominaba la Constitución anterior.

*“Art. 46.-El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:*

*1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.*

*2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil.*

*El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.*

*3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.*

*4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.*

*5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud*

*y desarrollo.*

*Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.*

*7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.*

*8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.*

*9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.”<sup>39</sup>*

Si el Estado, a través de sus diferentes organizaciones gubernamentales cumpliera, o hicieren cumplir con todo este cargamento de derechos y garantías, fuera formidable, cambiaría totalmente el modus vivendi de los niños y adolescentes no existiera en el país tanta miseria humana que se ve reflejada en la cara inocente de los niños y adolescentes.

Esta amplia gama de protección que el Estado ofrece un verdadero cambio social, desde las bases de quienes están a cargo hasta el fin mismo de los programas, cuyo objetivo será formar personas con criterio

---

<sup>39</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013.

formado que en el futuro se desempeñen como verdaderos ciudadanos de provecho para la nación en que viven.

En nuestras calidades de colaboradores en la administración de justicia, pertenecientes a la clase abogadil, nos vemos en la obligación de aportar positivamente con nuestro contingente para que estos planes y programas prevención ante el maltrato físico y psicológico de los niños y adolescentes desaparezcan del entorno familiar y social, procurando también que las garantías que proclama el estado se hagan efectivas desde nuestro ambiente laboral o social y propender a la construcción de un ambiente armónico en la nueva civilización del amor y respeto que tanto se vienen pregonando en los últimos tiempos.

#### **4.3.3 Código de la Niñez y Adolescencia.**

En el TITULO IV del Código de la Niñez y Adolescencia, se establece: EL DERECHO A VISITAS, en cuyo Art. 122, expresa: "Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las



medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.”<sup>40</sup>

En el Art. 123 del cuerpo legal en análisis, se establecen reglas para regular el régimen de visitas, “Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

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

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios.”<sup>41</sup>

Como se observa en este cuerpo legal, no se da un concepto claro sobre el régimen de visitas, pienso que debió indicarse acerca del derecho de visitas, es por cuanto esta expresión resulta equívoca e inapropiada, por lo que en consecuencia debería ser reemplazada por otra que refleje plenamente el trasfondo que existe en este derecho.

---

<sup>40</sup> Art. 122 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado al 2011. Pág. 86

<sup>41</sup> Art. 123 del Código de la Niñez y Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado al 2011. Pág. 86

El verbo visitar describe la acción de “ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo” (paseo, enfermedad), y sin perjuicio de que además existen otras diversas acepciones, ninguna de ellas se ajusta a lo que se busca garantizar con este derecho, que excede ampliamente lo que entendemos naturalmente por visita. En efecto, se pretende que aquel de los padres que no tenga el cuidado personal del hijo, participe activamente en el amplio espectro de su desarrollo personal, sin perjuicio de que ya no vivan juntos, pues de esta manera se estaría garantizando lo establecido en el Art 44 de la Carta Magna como es el desarrollo integral del niño o niña.

A mi criterio pienso que el término visitas, resulta inapropiado, ya que al igual como ocurre con “derecho de visitas” parece aludir a una relación meramente formal y no sustantiva.

El concepto de relaciones vinculares con los niños o niñas tras la separación de los progenitores, que llamamos “Régimen de Visitas”, a fuerza de incoherencias y falta de una correcta administración de Justicia, se ha ido degradando de tal forma que ya nadie tiene claro que es un “Régimen de Visitas y el alcance del mismo”.

El vínculo que se establece no es para el progenitor no conviviente únicamente, sino le pertenece a los hijos, al obstruir el vínculo se agrede el derecho de los Hijos.

Veamos algunos conceptos sencillos de interpretar sobre regímenes de visitas, que a mi parecer la denominación debe ser “Tiempo de Convivencia”

En un régimen amplio de visitas, significa que no hay días, ni horas limitantes para el mismo, surge espontáneamente, mediante un dialogo entre las partes, es decir en una colaboración entre los progenitores. Acuerdos que pueden tener algunas dificultades pero que son posibles alcanzar. Sirve para los casos en los cuales existe la voluntad de cumplimiento y de acordar desde la mirada de la necesidad de los hijos y no de los mayores, en donde pueden dialogar y no hay sometimiento a los caprichos de una de las partes.

Considero que un régimen de visitas en este sentido sería ideal que se regule en la legislación civil ecuatoriana como en la de menores, puesto que de esta manera se lograría recuperar los graves traumas psicológicos que sufre el niño o niña después del divorcio, y obviamente una paternidad o maternidad responsables.

He observado que los infantes y los niños y niñas menores, pese a su corta edad, logran captar la tristeza y preocupación de sus padres y tornarse irritables, llorosos, miedosos y agresivos; es posible que aparezcan trastornos del sueño y conductas regresivas. En muchos casos suelen culparse de la infelicidad de los padres y temen ser dejados; pueden tener pesadillas y fantasías de abandono. En la edad escolar: pueden manifestar tristeza, preocupación y presentar conductas agresivas tales como malos modales y oposición porque sí; muchos se sienten atrapados en conflictos de lealtad y no sería sorprendente que disminuya marcadamente su desempeño escolar. Los adolescentes en cambio ponen de manifiesto una autonomía emocional prematura, cuestionando a

sus padres e intentando manejar la vida según su parecer y poniendo a prueba la autoridad de los mayores.

Las investigaciones demuestran que los hijos de parejas divorciadas son más propensos a mostrar problemas de comportamiento, más síntomas de problemas psicológicos, menor rendimiento académico, más dificultades sociales y pueden ser discriminados por niños con familias estables.

Según un estudio realizado por el INFFA, en el año 2008, se establece que:

- “La paternidad responsable nace del contacto frecuente y regular entre padres e hijos.
- No hay pensamiento más machista que “el padre solo es el proveedor del dinero y la madre es la que se queda con los niños”.
- El 99% de los adolescentes infractores detenidos en los Centros de Internamiento Preventivo de Menores del país, provienen de hogares destruidos en donde la presencia del padre o madre ha sido nula.
- El 85% de las personas que consumen drogas, provienen de hogares disfuncionales que no han tenido la presencia del padre o madre.
- El 90% de los internos detenidos en las cárceles del país, provienen de hogares destruidos que no tuvieron la presencia del padre o madre en su niñez y adolescencia.

- En el 90% de los casos un hijo o hija de padre divorciado es más tarde un padre o madre divorciado y que un hijo que presencia agresiones entre sus progenitores más tarde es un agresor intrafamiliar.
- El 80% de la población infantil y adolescente del país vive bajo el esquema de padres separados sea esto por la migración o por el divorcio.”<sup>42</sup>

Por estas consideraciones pienso que se debe legislar para que los Jueces y Juezas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia apliquen la ley con estricto apego al derecho puesto que al resolver sobre el régimen de visitas, se encuentra el futuro de nuestros niños y niñas.

Haciendo referencia a la modalidad de régimen de visitas amplias, con días y horas prefijados, se entiende como días y horas brindados para el vínculo y el resto del tiempo se puede dialogar. Este formato deja abierta a una ampliación vincular negociada espontánea entre los progenitores. Es aconsejable que esté incluido fechas de vacaciones, cumpleaños y fiestas de fin de año.

En este régimen de visitar se puede constatar los incumplimientos dentro del sector brindado de régimen de visitas y ante un conflicto obstructivo lo supuesto "Amplio" deja de existir por decisión unilateral del progenitor conviviente.

---

<sup>42</sup> Revista Creciendo Juntos. INNFA. Editorial LNS. 2008. Pág. 12

Lógicamente tiene sus limitaciones, pero a falta de dialogo, están asegurados los días con horario prefijados.

Si no existe ningún régimen de visitas homologado judicialmente, y no existiendo prohibición ó restricción de acercamiento, es lícito ver y estar con los hijos en cualquier lugar, lo que a falta de acuerdos entre los progenitores genera enfrentamientos, por lo que se aconseja en caso de conflicto recurrir a la Justicia.

Las limitaciones de acercamiento sin orden judicial, surge por voluntad no lícita del progenitor obstructor y entonces obliga a iniciar acciones legales. Cualquier restricción vincular con los hijos, solamente es válida a través de resolución Judicial.

La falta de actitud por parte de los Juzgados para sancionar y poner límites a los incumplimientos al régimen de visitas, deriva en gravísimos problemas sociales que excede en el marco de una causa de familia, en donde las Leyes y procedimientos existen para enfrentar y encausar estas situaciones.

La gran confusión de los damnificado ante la falta de respuesta Judicial, obliga a los damnificados a insistir una y otra vez con las denuncias, con los reclamos personales en los Juzgados, provocando una sobrecarga en la tarea judicial.

La obstrucción de vínculo con los hijos, es una contingencia no esperada, aunque la hayamos visto sufrir en familiares , amigos o conocidos, cuando

se vive y se sufre, el lugar adecuado de exponerlo a la espera de una corrección es los Juzgados, si allí no hay respuesta, si no se aplican las Leyes, si no se sanciona, si no se corrige, el conflicto de pareja separada con hijos e hijas menores, muta en un “conflicto de quienes reclaman justicia y la Administración de Justicia” ya no es un conflicto de los progenitores, y los hijos quedan privados de sus derechos.

Se observa que al terminarse el matrimonio por divorcio, según lo dispuesto en el numeral 4 del Art 105 del Código Civil, el cual puede ser de mutuo acuerdo o controvertido, debe en la audiencia de conciliación acordarse la situación en la que deben quedar los hijos menores de edad, después de la disolución del matrimonio, es decir la forma como deben brindarles protección, educación y sostenimiento.

En la práctica, y de acuerdo a las reglas del art. 108 del Código Civil, tenemos:

1. “A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo y de las hijas en toda edad;
2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;
3. No se confiará al padre o madre de los hijos de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por situación personal, sea

porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente o haya temor que se perviertan;

4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado la causa para el divorcio.
5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumpla la mayor edad. (...)<sup>43</sup>

Son bajo estos preceptos que el Juez o Jueza al momento de resolver un divorcio, fija las visitas para el progenitor que no tiene la custodia de sus hijos o hijas. No obstante hago hincapié que muchas de las veces por egoísmo, ira o venganza, el progenitor se desquita con no dejarlos ver a los hijos de su padre o madre, siendo afectados los niños o niñas.

Como se puede evidenciar en estas disposiciones legales no se regula lo relacionado a las visitas de los progenitores a los hijos, razón por la cual quedará al libre criterio del juez o jueza fijarla.

Tras la separación o el divorcio, el cónyuge al que no le ha sido otorgada la guardia y custodia de los hijos por la sentencia judicial, tiene derecho a visitarlos físicamente y a comunicarse con ellos por teléfono, correo, etc., que por lo general es dos horas diarias o los fines de semana.

Sin duda, el progenitor que no está permanentemente con su hijo/a, deja de ejercer una influencia constante en él y no puede plantearse modificar comportamientos que no le gustan los fines de semana que le toca visita.

---

<sup>43</sup> Art 108 del Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Pág. 11



Por otro lado, el niño o niña pierde el acceso a las habilidades del padre que no convive con él, con la consiguiente disminución de sus posibilidades de formación.

A mi criterio pienso que el Legislador no consideró que los hijos o hijas sufren de modo muy especial las consecuencias de la separación o divorcio de sus padres y, en ocasiones, se creen en parte culpables de lo sucedido. Además, si el proceso no es de mutuo acuerdo, son a menudo considerados como un bien más a repartir.

Según la legislación civil, ni la separación ni el divorcio eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos. Por tanto, si no hay acuerdo entre ambos cónyuges, el juez adoptará las disposiciones adecuadas para garantizar el cuidado y la educación de los niños.

Una de estas medidas consiste en un régimen de visitas que especifica la duración de las mismas, así como el tiempo y el lugar en el que se pueden realizar. Todo ello queda reflejado en el convenio regulador.

Desde luego, lo más aconsejable en beneficio del niño o niña, es que los padres alcancen un acuerdo sobre cómo van a desarrollarse esas visitas en un marco de flexibilidad y diálogo.

Considero que es necesario que los regímenes de visitas de los niños o niñas sean de mínimo cuarenta y ocho horas a la semana, con la finalidad de fomentar la paternidad o maternidad responsable, el fortalecimiento del vínculo entre el padres y los hijos, además de precautelar el derecho del niño; y que los Departamentos Técnicos de los Juzgados de la Familia,

Mujer, Niñez y Adolescencia, realicen un seguimiento a esto con informes cada 6 meses, en los casos de progenitores con problemas entre sí.

Un problema grave que se observa a diario, es al momento de que el progenitor va a visitar a su niño o niña, como es el de presenciar discusiones o altercados entre sus progenitores, manipulaciones o amenazas con la finalidad de evitar contacto con el progenitor alejado del hogar. Por lo que considero que para el cumplimiento del Régimen de Visitas, es necesario regular en el Código Civil, como en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que al resolver los Jueces o Juezas ordenen que los progenitores a cargo de la custodia de los menores, entreguen a los mismos en las dependencias de la DINAPEN, y que en el mismo lugar sean retirados a la hora indicada, con la finalidad de proteger al niño o niña.

Otro problema es que los Jueces y Juezas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, no cumplen fielmente lo que dice el art. 273 del Código de la Niñez y Adolescencia con respecto a la Audiencia de Conciliación intentando por todos los medios que los progenitores se pongan de acuerdo y lleguen a una conciliación. El art. 273 dice: “La audiencia de conciliación será conducida personalmente por el juez, quien la iniciará promoviendo en las partes un arreglo conciliatorio que, de haberlo, será aprobado en la misma audiencia y pondrá término al juzgamiento”<sup>44</sup>, y

---

<sup>44</sup> Art. 273 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado al 2010. Pág. 69

basado en lo que estipula el art. 292 del mismo Código que aclara que solo las acciones por alimentos, tenencia o patria potestad se deben de tramitar por cuerdas separadas. Los jueces en las audiencias de conciliación deben fijar pensiones y régimen de visitas. Esto es con la finalidad de disminuir el número de causas.

Analizando la Legislación Comparada, se evidencia que en Chile, se establece un régimen que, en la mayor parte de las ocasiones, consiste en lo siguiente:

- Si el niño o niña superó el período de lactancia, el padre con quien no conviva lo tiene en su compañía los fines de semana alternos y la mitad de los períodos de vacaciones.
- Si es aún un bebé, el juez o jueza puede determinar que el progenitor disfrute de su hijo dos o tres tardes, sin que pueda llevárselo los fines de semana.
- Si el padre reside lejos, se permite acumular el disfrute de varios fines de semana seguidos.

Existe también la modalidad de compartir la guarda de los hijos entre ambos progenitores. Es una manera muy nueva que no está expresamente contemplada en la ley pero que por acuerdo entre los padres puede llegar a establecerse, aunque por ahora son pocos los que la adoptan.

Aunque el régimen de visitas y comunicaciones se contiene en una sentencia judicial, puede ser modificado tras la tramitación del oportuno procedimiento y limitarse o incluso suspenderse, en el caso de que se considere que es perjudicial para el menor.

Como puedo darme cuenta, esta normativa permite de forma clara al juzgador establecer el régimen de visitas, no así en nuestra legislación que deja vacíos que conllevan a imponer la Ley al antojo de Jueces y Juezas, lesionando derechos constitucionales y legales, tanto de progenitores como de hijos e hijas menores.

#### **4.3.4 Código Civil.**

El **Art. 115 del Código Civil** expresa:

*“Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para ese efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.*

*En la audiencia de conciliación de los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñara en que ese acuerdo todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando*

*cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres.*

*Se acordara también el cónyuge que ha de tomar a cargo el cuidado de sus hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.*

*No se confiara al padre o madre el cuidado de sus hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia.*

*Para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlo satisfactoriamente, o haya temor de que perviertan.* ”<sup>45</sup>

Esta regla se refiere a la inhabilidad física o moral de ambos padres, que hace suponer que si solo uno de ellos es inhábil, el cuidado de los hijos corresponderá al otro, lamentablemente ni el código de Niñez y Adolescencia, tampoco el Código Civil Expresa las cosas en que se deberla considerar la inhabilidad física o moral de los padres, sin embargo se podría decir que cuando estos maltratan a los hijos, le dan malos ejemplos, los explotan mandándolos a mendigar o llegan a otra forma irregular de vida de quien hace partícipe al menor, están inmersos en esta inhabilidades.

---

<sup>45</sup> CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado al 2012.

Estos casos de inhabilidades de uno o ambos padres no se refieren exclusivamente al divorcio, si no que puede presentarse durante la vida normal del matrimonio o convivencia de hecho.

Tampoco se confiara el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa al divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 109 del Código Civil.

Esta regla es necesaria, no puede otorgarse la tenencia de un menor a una persona alcohólica o toxicómano o a aquellas personas que han atentado contra la vida del otro cónyuge.

#### **4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.**

##### **4.4.1 Legislación de España.**

#### **Código Civil.**

El art. 92 del Código Civil, sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de separación, nulidad o divorcio, establece:

*“1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.*

*Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y*

*custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.*

*2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.*

*Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.*

*3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.*

*Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los*

*padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

*4. El Juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.*

*5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados*



*anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.*

*No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.*

*6. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno*

*de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.*

*7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.*

*Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.*

*8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.”<sup>46</sup>*

Noto que en la presente legislación española el juez para otorgar la custodia o tenencia compartida observa algunas situaciones como por ejemplo, si esta es beneficiosa para el menor, la relación que tengan los

---

<sup>46</sup> [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia\\_compartida-corresponsabilidad\\_parental\\_11\\_712555002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html)

progenitores, su conducta, si no han sido sentenciados penalmente, inclusive la hace extensiva a los demás parientes cercanos como abuelos y tíos. Es decir se cerciora mediante un equipo de técnicos sobre la conveniencia de la misma.

#### **4.4.2 Legislación de Francia.**

##### **Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2012**

En Francia, la Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2012 modifica el *Code Civil* y autoriza el sistema de *résidence alternée* del hijo menor cuando sus padres no conviven, como una de las modalidades de ejercicio de la autoridad parental. El concepto de *résidence alternée* o residencia alterna de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores hace referencia a un modelo de custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores pero no excluye, a mi juicio, la denominada custodia compartida tipo “nido”, con domicilio fijo de los hijos en la vivienda familiar y domicilio alterno y rotatorio de los padres en la misma en los periodos en que desempeñan las funciones de guarda.

El art. 373.2.9 del *Code* concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, en caso de desacuerdo de los progenitores, si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de *résidence alternée*, aunque los padres se opongan a tal sistema de guarda. Y, como peculiaridad propia del Derecho francés, de gran interés y utilidad, se prevé que el juez pueda disponer, siempre que uno al menos de los progenitores lo solicite, el establecimiento de una sistema de *résidence*

*alternée* con carácter provisional y durante un plazo determinado a modo de ensayo o prueba, con la posibilidad de acordar de forma definitiva, transcurrido el plazo fijado, la residencia alternada de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores o en el de uno solo de ellos. Así pues, en el Derecho Galo no se establece un sistema determinado de custodia, conjunta o individual, como preferente frente al otro.

Comidero muy importante que en este país se regule igualmente la tenencia compartida, para ayudar a los niños a que no sufran incertidumbre alguna respecto de su futuro y, por el contrario, que crezcan tranquilos y sanos en todos los ámbitos personales y ante la sociedad, es menester que los menores sean protegidos, y que sus progenitores actúen honesta y responsablemente en cuanto a sus sentimientos filiales, y así, prescindirán de egoísmos al disputarse la guarda y custodia, y en especial en cuanto al derecho de los aludidos infantes a convivir con sus progenitores, fortaleciéndose entre ellos los lazos de amor y respeto. De ahí que los referidos menores, no deben ser inmiscuidos en los conflictos de sus padres, quienes deben asumir responsablemente su misión, con la mejor disposición, para seguir conviviendo con sus menores hijos, educándolos consciente e integralmente, incluso, inculcándoles valores y principios conductuales, pues la paternidad nunca termina con una separación o el divorcio, por lo que ambos deben permitir que se lleve a cabo una convivencia en beneficio evidente de sus hijos, libre de celos, resentimientos o envidias, fungiendo como verdaderos padres, plenos e íntegros, inculcándoles sentimientos de amor, inspiración, superación,

esperanza y, sobre todo, de responsabilidad, evitándose así, en la medida de lo posible, cualquier conflicto emocional, personal o judicial que involucre a dichos niños, por lo que, a partir de esa referencia podrán organizar su futuro, pues no tienen la mínima opción de desampararlos, por su corta edad.

#### **4.4.3 Legislación de Italia.**

##### **Código Civil.**

En Italia, el *Codice Civile*, modificado en materia de custodia (*affidamento*) por medio de la Ley 54/2009, de 8 de febrero prevé expresamente la posibilidad de que el juez pueda establecer, cuando lo considere conveniente para el menor, un régimen de *affidamento congiunto o alternato*.

En la presente legislación igualmente si el juez considera que es conveniente para el menor, establece un régimen de tenencia conjunta o alternada.

#### **4.4.4 Legislación de Alemania.**

##### **Código Civil.**

En Alemania el *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB) no contempla expresamente la figura de la custodia compartida, pero no existe

obstáculo sustantivo o procesal alguno para establecer este régimen si los progenitores así lo acuerdan.

En el presente caso, se otorga la tenencia compartida siempre que no exista obstáculo procesal y las partes así lo acuerden.

#### **4.4.5 Legislación de Noruega.**

##### **Código Civil.**

En Noruega se reserva la guarda y custodia compartida únicamente para los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges.

De acuerdo a las reflexiones anteriores, establecidas en la Legislación Comparada, considero que la tenencia compartida, tiene sustento en el derecho de familia, entendido este como un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes e, incluso, tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos e hijas, por ende es necesario armonizar las disposiciones legales en la legislación civil y de menores ecuatoriana, a fin de precautelar los derechos de

padres e hijos/as y alcanzar un adecuado desarrollo integral de los hijos principalmente menores de padres divorciados o separados.

En tal virtud, estimo que es obligación del Estado y sus autoridades, adoptar las medidas judiciales que sean necesarias para la plena vigencia y ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que es necesario regular el régimen de visitar a fin de garantizar las relaciones afectivas de los niños y niñas, para de esta manera precautelar su integridad y desenvolvimiento tanto psicológico como afectivo.

En nuestro país como en algunos de América Latina, lamentablemente los Jueces y Juezas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, llevan años mirando a los padres, como simples entes con chequera, o como irresponsables entes sin chequera; y aunque de cierto modo esto es comprensible si se leen las alarmantes cifras de procesos de alimentos e inasistencia alimentaria en nuestro país, la actitud descrita no hace más que agravar el problema. Si se dejan de lado las otras obligaciones de sus padres para con sus hijos, se está enviando un mensaje equivocado a la comunidad.

Considero que las autoridades judiciales deben procurar por la relación de los menores con sus dos padres, así como con sus familias extendidas, no es más que una prolongación y una aplicación de los principios constitucionales sobre la familia; no veo la razón para entender el divorcio como desintegración familiar, ya que la familia no es solo una institución, como podría serlo el matrimonio. La familia es el “lugar” en el cual el ser

humano aprende a amar, a vivir, a relacionarse con el prójimo, a buscar su propia felicidad, a conocerse a sí mismo ¿Por qué privar al ser humano de una parte de su familia?



## **5. MATERIALES Y MÉTODOS.**

Los materiales y métodos utilizados en el presente trabajo de tesis, son los que a continuación detallo:

### **5.1 Materiales Utilizados.**

Los materiales que utilicé para el desarrollo de la presente investigación, fueron los instrumentos de la encuesta y la entrevista, mismos que fueron aplicados a profesionales del Derecho y a especialistas en materia de Niñez y Adolescencia.

Además he utilizado: Constitución de la República del Ecuador; Código de la Niñez y Adolescencia; y, Doctrinas relacionadas al tema de estudio.

He utilizado computadora; impresora; flash memory; papel bond y esferográficos.

### **5.2 Métodos.**

#### **Método Científico.**

El método científico en la presente investigación fue utilizado para descubrir la correlación existente entre las partes o elementos que dan lugar a la aplicación de las medidas cautelares e inhabilidades como forma de asegurar la prestación de alimentos; lo antes expuesto, me permitió entender fácilmente que este método está presente a lo largo de toda la investigación, de una forma sistemática y organizada, cuyo

procedimiento es el que precisamente le da el carácter de “científico” tanto al proceso como a los resultados obtenidos; por lo tanto la investigación se reviste de un alto nivel de confiabilidad.

### **Método Inductivo.**

Este método me permitió establecer la realidad de la tenencia de los hijos en los divorcios o separaciones de sus padres, este método pasa del conocimiento de los fenómenos parciales al conocimiento del todo.

### **Método Deductivo.**

Este método me permitió determinar la tenencia compartida de los menores es la adecuada para asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

### **Método Analítico – Sintético.**

El presente método lo he utilizado para investigar, clasificar, estudiar y percibir las características, detalles y aspectos esenciales del problema objeto de estudio. Además este método fue aplicado en la identificación de los principales componentes del problema a fin de interpretarlos, analizarlos y expresar los resultados.

### **Método Descriptivo.**

En el presente trabajo utilicé este método para describir situaciones específicas, gracias al cual recogí, organicé, resumí, y tabulé datos,

mismos que fueron analizados e interpretados imparcialmente.

En base a este método me fue posible identificar el problema, realizar comparaciones, con lo que obtuve información para tomar la decisión de elaborar la propuesta.

### **Método Histórico – Comparado.**

Este método me permitió mediante la revisión de la literatura, documentar la presente tesis; en los referente al Marco conceptual, Marco jurídico y en especial el Marco Doctrinario, y por ultimo las Legislaciones Comparadas.

#### **11.1. Procedimientos y Técnicas.**

Los procedimientos empleados en esta investigación, estuvieron sustentados en la investigación científica; es decir, mediante un procedimiento reflexivo, sistemático, controlado y crítico, que me permitió discernir y encontrar nueva información a fin de estructurar una propuesta de solución a la problemática estudiada.

Respecto a las técnicas aplicadas en este trabajo, fueron las siguientes:

#### **Observación.**

Me permitió seleccionar y captar las manifestaciones y aspectos más trascendentales del problema que investigué.

### **Encuesta.**

Con su instrumento el cuestionario, misma que la apliqué a treinta Abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Huaquillas.

### **Entrevista.**

La técnica de la entrevista fue aplicada a tres versados del derecho entre Jueces de la Niñez y Adolescencia del Tena, y otros especialistas en el tema.

### **Recolección de Datos.**

Para aplicar la técnica de la recolección de datos hice uso de la encuesta, a través del cuestionario; y del fichaje para el caso de la observación y la entrevista, misma que me permitió recopilar toda la información de campo respecto del problema que investigué.

### **Estadística.**

La técnica de la estadística la utilicé para obtener muestras en relación al universo propuesto de personas, objetos, fenómenos, etc. Que fueron considerados en la presente investigación, entre ellos los encuestados y entrevistados, y en la tabulación de los datos obtenidos.

## 6. RESULTADOS

### 6.1 Resultados de la Aplicación de Encuestas.

Para la investigación de campo, se elaboró y aplicó una encuesta la cual se aplicó a treinta profesionales del Derecho en libre ejercicio en la ciudad del Tena, quienes con conocimiento de causa emitieron sus respuestas acordes con la realidad relacionada a la tenencia compartida de los menores en el régimen de visitas.

#### PRIMERA PREGUNTA

**1.¿Conoce usted sobre la institución jurídica de la tenencia compartida de los hijos?**

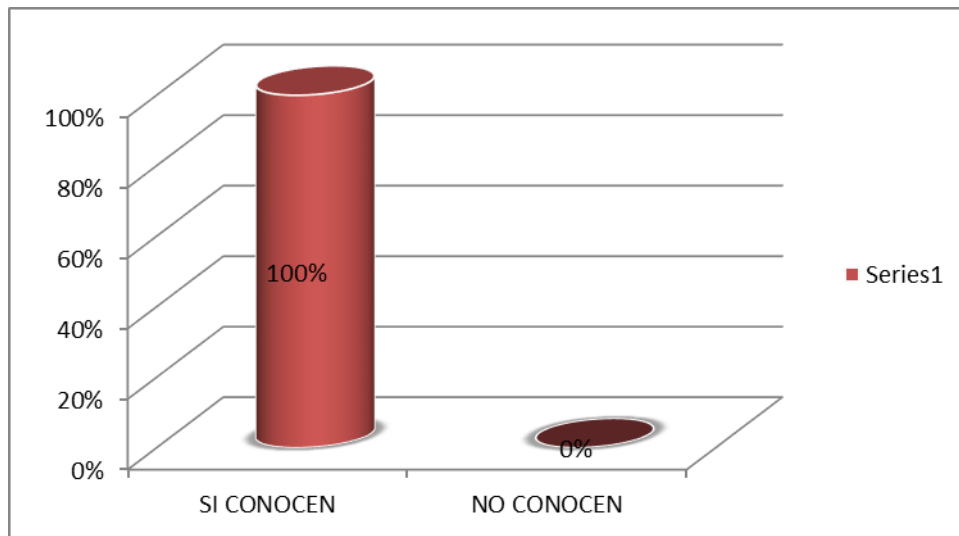
#### CUADRO NRO 1

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ CONOCEN	30	100%
NO CONOCEN	0	0%
TOTAL:	30	100%

*Fuente: Abogados de la ciudad de Tena.*

*Autor: Paul Culqui.*

**GRÁFICO NRO 1**



**INTERPRETACIÓN.**

A la interrogante planteada, de treinta profesionales del Derecho investigados, el 100% tienen pleno conocimiento sobre el derecho de visitas establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia.

**ANÁLISIS.**

En efecto los profesionales del Derecho tienen pleno conocimiento sobre la tenencia compartida, la cual está regulada en otras legislaciones del Derecho Comparado, mas no en nuestra legislación ecuatoriana. Los investigados consideran que para que se pueda aplicar en nuestro país debe hacer acuerdo entre los padres.

## SEGUNDA PREGUNTA.

2.¿Considera usted que la tenencia regulada en la legislación de menores ecuatoriana, se encuentra bien legislada?

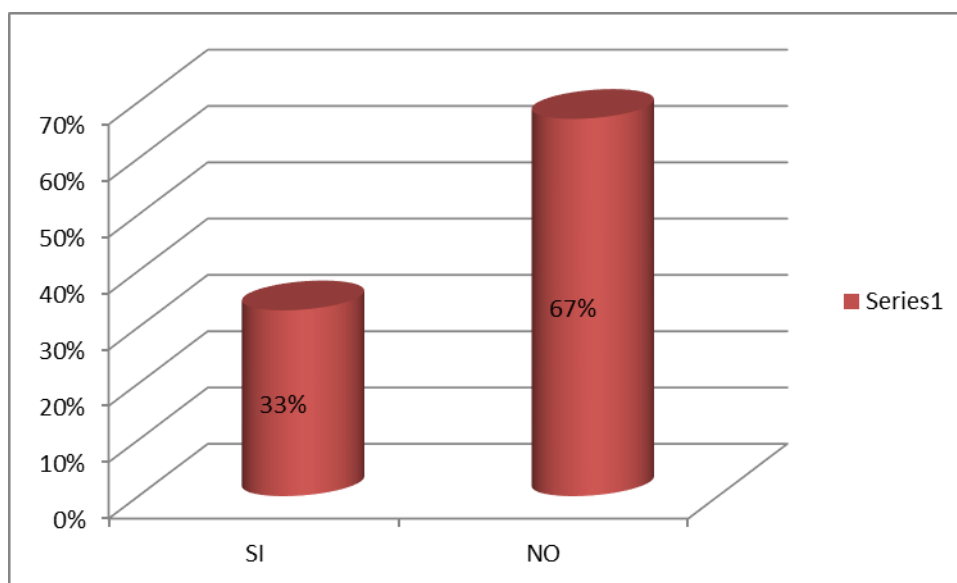
### CUADRO NRO 2

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	10	33%
NO	20	67%
TOTAL:	30	100%

*Fuente: Padres y Madres de Familia.- abogados de la ciudad de Tena.*

*Autor: Paul Culqui.*

### GRÁFICO NRO 2



## **INTERPRETACIÓN.**

A la interrogante formulada, el 33% de los Profesionales del Derecho investigados, así como padres y madres de familia investigados, señalan que la tenencia regulada en la legislación de menores ecuatoriana, se encuentra bien legislada; mientras que, el 67%, estima que no.

## **ANÁLISIS.**

Los investigados que contestan positivamente, son madres de familia, pues consideran que los hijos deben estar con su madre; mientras que el resto de la población, estima que como se encuentra regulado es injusto, piensan que deben existir otras circunstancias que analice el juez como por ejemplo quien fue el causante del divorcio, en el caso de menores mayores de nueve años, ser escuchados y que la oficina técnica realice un seguimiento de la pareja luego de terminarse el matrimonio a fin de que puede apreciar la situación de los menores.

## **TERCERA PREGUNTA.**

**3.¿Considera usted que al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna.?**



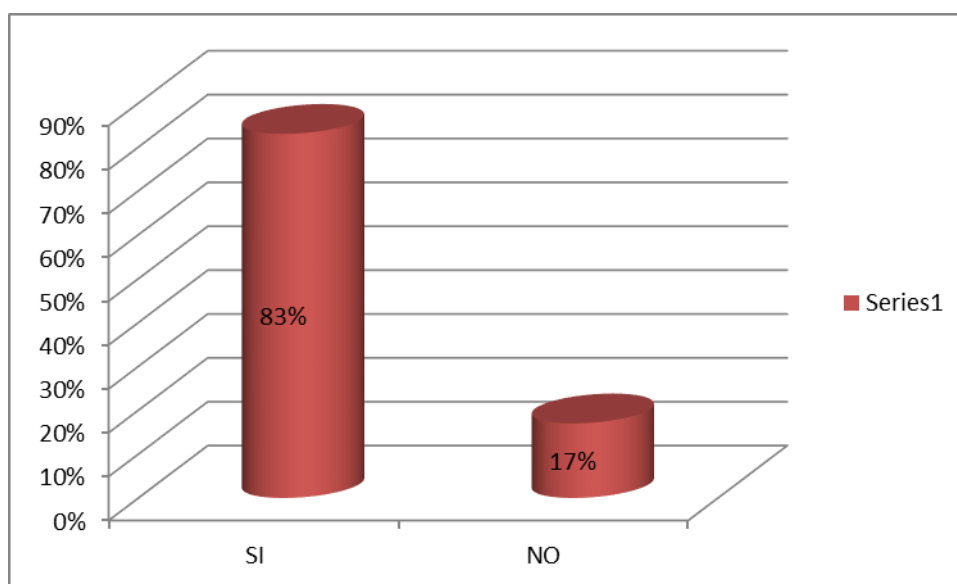
### CUADRO NRO. 3

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL:	30	100%

*Fuente: Abogados de la ciudad de Tena*

*Autor: Paul Culqui.*

### GRÁFICO NRO. 3



### INTERPRETACIÓN.

A la interrogante planteada, 83% estima usted que al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la

tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna; mientras que el 17% señalan que no.

## **ANÁLISIS.**

Los investigados consideran que la normativa prevista en esta disposición legal lesiona derechos constitucionales de los menores y además genera traumas psicológicos en los mismos, debido a la disputa por las visitas existente entre progenitores e hijos y viceversa.

Mientras exista una situación normal de convivencia, corresponde a los dos padres el cumplimiento conjunto de los deberes de cuidar a los hijos menores de edad y ejercer el derecho natural de comunicarse con ellos dentro de las más variadas manifestaciones de la vida doméstico.

Pero cuando se produce la ruptura de la unidad marital, las cosas cambian y es preciso acordar o reglamentar la forma como se cumplirán, hacia el futuro, esas obligaciones, y se ejercerán tales derechos.

Lamentablemente por no estar regulada la tenencia compartida en nuestra legislación ecuatoriana, se regula un régimen de visitas, pues, está concebido como un medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación entre personas a las que unen vínculos de filiación, sin embargo no es del todo satisfactoria por cuanto en algunos casos solamente son los fines de semana, cuando la obligación tanto del padre como de la

madre de cuidar al hijo son reciprocas, por ende debe establecerse de manera compartida.

Consideran que la custodia monoparental o única no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores, por cuanto en este tipo de custodia se establece una batalla por ganar la tenencia de los hijos lo que crea un ambiente de hostilidad entre los progenitores que involucra a la prole.

A mi criterio considero que el Estado ecuatoriano debe velar por el cumplimiento de los derechos de todos los ecuatorianos y ecuatorianas, mediante leyes coherentes acordes a la realidad socioeconómica actual y priorizando los derechos tanto de padres como de los hijos.

#### **CUARTA PREGUNTA.**

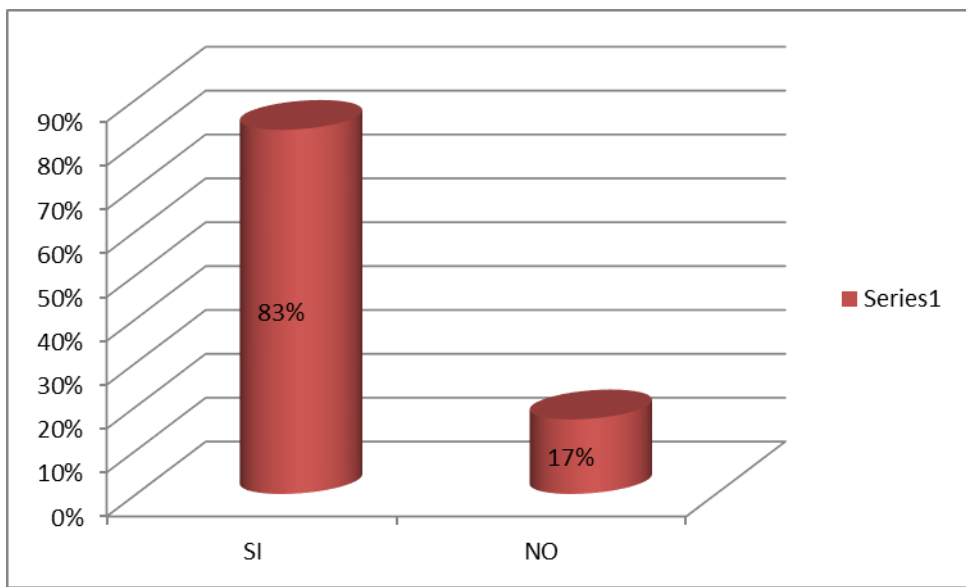
**4.¿Considera usted que al igual que en las legislaciones del Derecho Comparado se debe regular en la normativa de menores ecuatoriana la tenencia compartida?**

#### **CUADRO NRO. 4**

<b>CRITERIO</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL:	30	100%

*Fuente: Abogados de la ciudad de Tena*

*Autor: Pul Culqui.*



**INTERPRETACIÓN.**

A la interrogante planteada, 83% estima que al igual que en las legislaciones del Derecho Comparado se debe regular en la normativa de menores ecuatoriana la tenencia compartida; mientras que el 17% señalan que no.

**ANALISIS.**

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

## QUINTA PREGUNTA.

5.¿Considera usted que es necesario formular un proyecto de reforma legal al Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, relacionado a la tenencia compartida.?

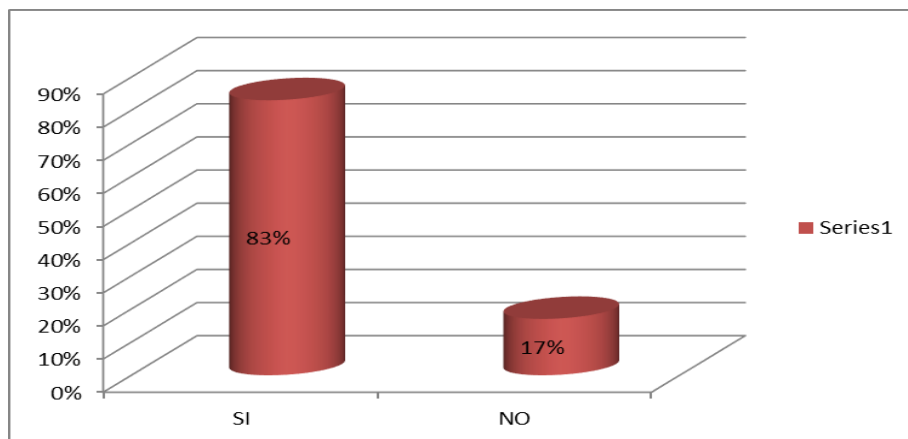
### CUADRO NRO. 5

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL:	30	100%

*Fuente: Abogados de la ciudad de Tena.*

*Autor: Paul Culqui*

### GRÁFICO NRO. 5



## **INTERPRETACIÓN.**

A la interrogante planteada, 83% estima que es necesario formular un proyecto de reforma legal al Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, relacionado a la tenencia compartida; mientras que el 17% señalan que no.

## **ANALISIS:**

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del Derecho encuestados, la mayoría manifiestan que si apoyarían un proyecto de reforma al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, de igual manera sugieren los investigados que deben en base a esta reforma que se plantea armonizarse las disposiciones legales del Código Civil, no sin antes dejar claro que el Código de la Niñez es ley especial, por ende prevalece sobre las demás leyes.

Los investigados consideran que el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para el efecto debe considerar aspectos importantes para la fijación de la misma como el acuerdo de los progenitores, la edad de los menores y la conveniencia de fijar la tenencia compartida a fin de lograr un desarrollo adecuado de dicho menor..

## 6.2 Estudios Casos.

**Juicio No:** 1120320146895

**Casilla No:** 292

En el Juicio Especial No. 1120320146895 que sigue [NN en contra de [NN] hay lo siguiente:

VISTOS.- PARTE EXPOSITIVA.- Comparece ante la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja NN para demandar a NN en juicio de régimen de visitas a su hijo NN.- En los fundamentos de hecho de su demanda en lo principal expone: a) Que de la partida de nacimiento que adjunta justifica ser el padre del menor antes mencionado, con quien además indica mantiene una buena relación parento filial; b) Que en los últimos meses su progenitora ha venido obstaculizando e impidiendo esta relación en detrimento de los derechos especiales del niño; c) Que esta obstaculización se ha hecho extensiva a la familia paterna.- Por ello demanda establecer un régimen de visitas con su hijo.- Fundamenta su demanda en los Arts. 45 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 21, 22, 122, 123, 124 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- Señala el trámite contencioso general y fija la cuantía como indeterminada.- Señala el lugar donde debe ser citada la demandada y donde el recibe notificaciones.- Radicada la competencia mediante el sorteo correspondiente (fs. 6), la demanda se admite a trámite mediante auto de fs. 7.- Se cita a la demanda conforme se desprende de fs. 12 vta. y se dispone realizar un estudio e investigación del caso a la Oficina Técnica de ésta Unidad Judicial.- Se convoca a las partes a la audiencia de conciliación sin que esta haya sido lograda.- En la audiencia de prueba se logra una conciliación, solicitando las partes se apruebe el acuerdo mediante resolución.- Con lo cual se encuentra agotada la tramitación procesal. PARTE CONSIDERATIVA.- Concluido el trámite previsto para la sustanciación de la presente causa, el proceso se encuentra en estado de resolver; y, para hacerlo se considera: UNO.-

COMPETENCIA.- Conforme lo dispuesto en los artículos 233 y 234 del Código Orgánico de la Función Judicial el suscrito Juez es competente en el conocimiento de esta causa; competencia que se ha radicado mediante el sorteo respectivo en términos de los Arts. 159 y 160, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. DOS.- DEBIDO PROCESO.- De la revisión del proceso se constata que se han cumplido con todas las diligencias y solemnidades sustanciales, garantizándose los derechos constitucionales de las partes, sin que pueda advertirse omisión de solemnidad sustancial que afecte la validez de lo actuado o pueda incidir en la decisión de la causa, por lo que se lo declara valido. TRES.- LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.- Conforme a los documentos de fs. 2 el actor es el padre y la demandada la madre del menor cuya visita se solicita regular. CUATRO.- ACUERDO.- En el día de la audiencia de prueba, en atención al criterio jurisprudencial de que los temas de niños, niñas adolescentes deben tratarse por el Juzgador, como problemas humanos y no solamente como litigios, en el que debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otra consideración (Gaceta Judicial Serie XVIII, No. 3 de enero abril del 2007 Pág. 862) el suscrito Juez destinó en la audiencia de prueba considerable tiempo para la consecución de un acuerdo, que finalmente fue alcanzado y consistió en: De lunes a viernes de 14H00 a 18h00 sin interrumpir sus horarios académicos esto es los días en que de acuerdo a su horario de trabajo pueda hacerlo, con pernoctación por una sola vez en el mes en casa de su padre; los fines de semana esto es cuando coincidan las vacaciones en el trabajo de su padre de 08h00 del día sábado hasta las 18h00 del día domingo con pernoctación la noche del sábado; y además cuando coincidan las vacaciones del padre y su hijo tres días con pernoctación.- CINCO.- ANÁLISIS DE LAS CONSTANCIAS PROCESALES Y MOTIVACIÓN JURÍDICA.- La Constitución de la República del Ecuador establece: “Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás



personas...”. Art. 45.- “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad;...”. La Convención de Derechos del Niño, de la cual el Ecuador es Suscriptor establece en el Art. 3, numeral 2: “ Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores indica que para los efectos de esta Convención se tendrá como: “El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.” El Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece como uno de los derechos de supervivencia, el derecho a conocer a los progenitores y a mantener relaciones con ellos, en que se establece: “ Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías...” El Art. 122 y 123 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece el procedimiento a seguir para la regulación del régimen de visitas, y respecto a la circunstancia de haber llegado a un acuerdo el Art. 106 numeral 1 ibídem prescribe: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija. “ De las partida de nacimiento adjunta a fs. 2 se establece que el actor es padre del niño cuya visita se está solicitando la

regularización, por lo tanto le asiste el derecho compartido tanto del padre como del hijo a disfrutar de la convivencia familiar.- Consta a fs. 18 a 21 del expediente el informe realizado por la Oficina Técnica de la Unidad Judicial, en el que luego del procedimiento correspondiente, las entrevistas del caso se recomienda la necesidad de establecer régimen de visitas para fortalecer los lazos afectivos entre hijo y padre.- Como se indicó antes, los padres de la menor llegaron a un acuerdo sobre el régimen de visitas, el mismo que no afecta a los derechos del niño, muy por el contrario durante este tiempo de convivencia se debe cumplir con la finalidad del régimen de visitas que es la de mantener un sistema de convivencia, que no se pierda el contacto, garantizar la comunicación del padre con su hijo, que le permita un desarrollo evolutivo normal y correcto bajo la guía de sus padres, que crezca conociendo e interrelacionándose con su padre, a fin de recibir el cuidado y amor paternal, con más razón en este caso en el que actualmente sus padres no viven juntos. No se ha dispuesto escuchar al menor en vista de su tierna edad (4 años).

**RESOLUCIÓN.-** Sobre la fundamentación expuesta aceptando el acuerdo de las partes se establece régimen de visitas en la forma que consta en el considerando CUATRO entre el padre NN y su hijo NN.- Durante este periodo el menor estará bajo el cuidado y protección de su padre, quien además debe retirarlo y entregarlo en casa de su madre de forma personal.- Se dispone que la Oficina Técnica, haga un seguimiento periódico del Régimen de Visitas e informe sobre sus resultados, al menos por los tres primeros meses en informe en caso de presentarse actos que pongan en riesgo la integridad del menor.- Notifíquese a la Oficina Técnica a fin de que se dé cumplimiento a lo dispuesto.- **HÁGASE SABER.-**

En el presente caso, se trata de un menor extramatrimonial, en el cual su padre solicita al juez, se le fije un régimen de visitas. Este es concedido por haber llegado las partes a un acuerdo, de manera esporádica, es

decir solamente cuando el padre no labore, debido a que tiene un horario muy restringido de labores.

Lamentablemente en nuestra sociedad observamos casos en padres irresponsables se preocupan por ser simples proveedores de dinero, en cambio otros luchan por el bienestar de sus hijos, en el presente caso se observa un gran afecto del padre hacia el hijo y viceversa, por ende al estar regulado en la ley, bien pudo haberse fijado la tenencia compartida, en lugar de visitas.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1 Verificación de Objetivos.**

**Los objetivos formulados son:**

#### **Objetivo General.**

**“Realizar un estudio jurídico-doctrinario y crítico, relacionado a la tenencia compartida en la legislación de menores ecuatoriana.”**

Este objetivo se verifica de manera positiva, por cuanto a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo se ha abordado de forma jurídica, crítica y doctrinaria la normativa legal referente a la corresponsabilidad paterna y materna tanto como un derecho y el ámbito de aplicación, abordado desde la revisión de literatura como desde el estudio de campo, determinando que la norma constitucional contempla la custodia compartida de allí la necesidad de regularla dentro del Código de la Niñez y Adolescencia.

#### **Objetivos Específicos.**

**“Determinar que al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna.”**

Este objetivo ha sido cumplido a cabalidad, con el análisis de los contenidos doctrinarios que se han escrito en materia de la tenencia compartida, lo que ha sido reforzado con la verificación de la norma legal contenida en la Constitución de la República del Ecuador, se establece que pese a estar regulada en la Carta Magna, en el Código de la Niñez y Código Civil, nada se menciona al respecto, pues se siguen regulando de conformidad a las mismas reglas de la normativa civil.

**“Realizar un estudio de Derecho Comparado sobre la tenencia compartida relacionándola con la legislación ecuatoriana.”**

Este objetivo se ha cumplido en su totalidad debido a que del análisis de la legislación comparada, se logró determinar que en las legislaciones de España, Italia, Noruega se regula la tenencia compartida debido a que el juzgador la considera muy necesaria para el desarrollo integral de los menores.

**“Formular un proyecto de reforma legal al Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, relacionado a la tenencia compartida.”**

Este objetivo se verifica en base al análisis de jurídico de la ley, así como del trabajo de campo en relación a la pregunta 5 de la encuesta, en donde se deja entrever la necesidad de regular en el Código de la Niñez y Adolescencia específicamente en los artículos 118 la tenencia compartida de acuerdo con el avance de la sociedad y de las exigencias que en

materia de derecho de menores se ha logrado determinar en relación a la problemática que es materia de la presente investigación.

## **7.2. Contrastación de Hipótesis.**

La hipótesis formulada fue:

“Al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna.”

La presente hipótesis se contrasta positivamente por cuanto en la parte teórica dentro del marco doctrinario así como en los resultados obtenidos en la investigación de campo en las respuestas a las preguntas 2, 3 y 4 de la encuesta se ha corroborado que efectivamente al otorgarse la tenencia a uno de los progenitores se lesiona el derecho a la corresponsabilidad establecida en la Constitución de la República del Ecuador, vulnerando el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna.

## **7.3. Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.**

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que “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.

Establece además que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”<sup>47</sup>

El Art. 108 del Código Civil, menciona algunas reglas en las cuales se concede la tenencia de los hijos, luego del divorcio así: “1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad (...).2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan; 3. No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan; 4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos

---

<sup>47</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada 2014.

señalados en el Art. 110; 5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y, 6. En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.



El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aún cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.”<sup>48</sup>

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

El Art. 106 ibídem, señala:

“Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (A307)del Código

---

<sup>48</sup> CÒDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2014. Pág. 20

Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

6. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. CC 28 La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de

quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.”<sup>49</sup>

La tenencia es el encargo del juez a uno de los padres para que asuma el cuidado y crianza de su hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad.

Es la responsabilidad que asume uno de los padres para velar por el normal desarrollo de su hijo.

La tenencia se vincula de manera directa con el futuro mismo del menor, con su bienestar, necesidades biológicas, morales, económicas y espirituales.

Si bien la familia, es el núcleo fundamental de la sociedad, ya que en ella, se desarrollan una serie de situaciones que determinan el carácter y la forma en la cual el ser humano se desarrolla e interrelaciona con sus semejantes. Es por eso que, a lo largo de la historia de la humanidad, se han creado y desarrollado una serie de instituciones jurídicas, que tienen como único fin normar y proteger las relaciones familiares que ocurren entre cada uno de sus miembros, regulando del mismo modo, las relaciones de sus miembros con la sociedad en general.

Instituciones como la patria potestad y la tenencia poseen un valor trascendental para las relaciones familiares, pues de ellas emanan una

---

<sup>49</sup> CÒDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado al 2014. Pág. 28

serie de derechos y obligaciones.

Sin embargo, la familia ha evolucionado, cambiando no solamente la forma en la cual se encontraba estructurada, sino también el modo en el cual los roles que ejercían cada uno de sus miembros se encontraban distribuidos; factores sociales, económicos y políticos han provocado en la familia una transformación inminente.

Esta transformación, impulsada por una dinámica social cambiante, ha producido un incremento en el número de separaciones conyugales, dejando a niños, niñas y adolescentes en medio de este conflicto, sin que las instituciones jurídicas actuales ofrezcan soluciones que se adapten a la realidad ecuatoriana.

Por lo expuesto considero que es necesario regular en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, la cual a pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez podrá otorgarla a ambos progenitores, luego de producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, en la cual el hijo/a vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario. A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño, niña y adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

## 8. CONCLUSIONES

- La Constitución de la República del Ecuador reconoce la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, sin embargo su aplicación no ha sido regulada en la ley.
- Que la norma contenida en los artículos 118 del Código de la Niñez y Adolescencia resulta ineficaz para la aplicación de la corresponsabilidad paterna y materna, por la ambigüedad de la norma.
- Que las normas contenidas en el Código de la Niñez y Adolescencia así como en el Código Civil, no abarcan la tenencia compartida de los hijos, solo reconoce la tenencia monoparental en los casos de divorcio o separación de los progenitores.
- Que se hace necesario establecer en la ley nuevos mecanismos legales en relación a la custodia de los hijos, que causen menor impacto psicológico en los mismos en caso de divorcio de sus padres.

- De acuerdo a la normativa de la Legislación Comparada y a los avances del mundo globalizado es necesario establecer nuevos mecanismos de tenencia legal de los hijos en caso de divorcio de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.
- Se hace necesario regular en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia la custodia compartida como mecanismo de protección de los hijos menores de edad en los casos de separación o divorcio de sus progenitores.

## 9. RECOMENDACIONES

- Al Estado ecuatoriano como establece la Carta Magna, debe cumplir con el deber de asegurar mediante la expedición de leyes que tutelen los derechos de los menores, prestándoles además los medios y condiciones necesarias para que alcance su completo desarrollo.
- A los progenitores se debe incentivar la responsabilidad que ellos tienen con sus hijos, no solo en el cumplimiento de necesidades básicas, sino proyectando las mismas hacia el futuro, y haciéndoles comprender y entender que ellos son los responsables del menor, del presente y del futuro hombre y padre de familia del mañana, que con el amor y el cuidado que ellos protejan y críen a sus hijos, será un medio para erradicar la violencia, la delincuencia y la corrupción.
- A la Asamblea Nacional, que legisle reformando el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, estableciendo la tenencia compartida, a fin de que se permita el cuidado de los hijos entre ambos progenitores, procurando la estabilidad de los hijos y la continuidad en la rutina de los mismos, procurando que les afecte lo menos posible la separación o el divorcio.

## 9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.



**REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**ASAMBLEA NACIONAL**

**EL PLENO**

**CONSIDERANDO:**

**QUE**, en los numerales 1, 4 y 5 del Art. 69 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y protege los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo;
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; y,



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

**QUE**, el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador., reconoce el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

**QUE**, el artículo 1 del Código de la Niñez Y Adolescencia establece que la finalidad del Código en la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad (...).

**QUE**, el Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que el Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos deberán adoptar medidas, política, administrativas y económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

**QUE**, el artículo 22 de la Ley Orgánica Reformatoria al Título V de Código de la Niñez y Adolescencia señala que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y a desarrollarse en su familia biológica. El estado,

la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia (...).

**QUE**, el Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que la familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros principalmente de los niños, niñas y adolescentes. Recibe apoyo del Estado a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades.

**QUE**, el Art. 97 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el Estado debe protección a la familia mediante la adopción de políticas sociales y la ejecución de planes, programas y acciones políticas que aseguren a la familia los recursos suficientes para cumplir con sus deberes y responsabilidades tendientes al desarrollo integral de todos sus miembros, en especial los niños, niñas y adolescentes.

**QUE**, es necesario reformar la institución jurídica de las medidas cautelares e inhabilidades con la finalidad de que el marco jurídico del derecho de alimentos tenga coherencia y armonía.

Que, el Código de la Niñez y Adolescencia por ser Ley Especial, prevalece sobre las disposiciones del Código Civil.

En ejercicio de sus atribuciones

## ACUERDA:

De conformidad a la atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional. Y en ejercicio de sus facultades constitucionales que el confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide el siguiente:

### **PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

**Agréguese.- Luego del Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, agréguese lo siguiente:**

Se acordará el ejercicio compartido de la tenencia y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la audiencia de conciliación o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del juicio. El Juez, al acordar la tenencia conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las medidas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de tenencia establecido, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso, antes de acordar el régimen de tenencia y custodia, el Juez deberá recabar informe de la Oficina Técnica del Juzgado, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario, o del propio menor y procederá a valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los

padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de tenencia.

No procederá la tenencia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o en delitos de violencia intrafamiliar o en los casos de las reglas 3 y 4 del artículo 108 del Código Civil. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia intrafamiliar.

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos antes descritos, el Juez, a petición de una de las partes, con informe favorable de la Unidad Técnica del Juzgado, podrá acordar la tenencia y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Art. Final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los 25 días del mes de enero del dos mil quince.

Sra. Gabriela Rivadeneira.

Presidente de la Asamblea Nacional

Dra. Livia Rivas

Secretaria General.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina edición 1.998, pág. 205.
- Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano; Actualizado a Enero/2014
- DICCIONARIO OCÉANO. Barcelona. Ediciones Océano. 1981. Pág. 79
- Diccionario Jurídico Ruy Díaz. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Grosman, C. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible? En Kemermajer, A. y Pérez, L. (Coords.). Nuevos perfiles del Derecho de Familia. (1ª ed.). (pp.208-211). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Cillero, M. (2010).El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En Ávila, R. y Corredores, M. (Eds.). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. (1ª ed.). (pp.96-97). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humano.
- STILERMAN, M. (1991).Menores Tenencia Régimen de visitas. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- [www.monografias.com](http://www.monografias.com)
- [www.wikipededia.com](http://www.wikipededia.com)
- [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)

## **11. ANEXOS.**

### **ANEXO 1 PROYECTO**

#### **1. TEMA:**

“REFORMAS LEGALES AL ART. 118 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, INCORPORANDO UNA NORMATIVA LEGAL QUE PREVEA LA TENENCIA COMPARTIDA PARA EVITAR DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”

#### **2. PROBLEMÁTICA.**

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que 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.

Establece además que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y

comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

El Art. 108 del Código Civil, menciona algunas reglas en las cuales se concede la tenencia de los hijos, luego del divorcio así: 1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad (...).

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

En el diario vivir se observa que luego de un divorcio, la falta de acuerdo de los padres de familia con respecto al cuidado de sus hijos, por la confusión de las relaciones como pareja y de padres, debido principalmente a la falta de apoyo terapéutico ocasiona que los conflictos familiares se judicialice entrando de esta manera a la pelea, litis o contienda que en tema de familia es desastrosa en cuyo caso el Estado a través del sistema de justicia debe garantizar el respeto al interés superior de los niños y adolescentes.



La tenencia confiada a uno solo de los progenitores de los niños, niñas y adolescentes desencadena la batalla legal entre los padres que tiene como trofeo a los hijos, lo que imposibilita que se establezca la tenencia compartida que reduzca los daños psicológicos en los niños y adolescentes, por la carencia de un marco jurídico legal que la regule, debido a que en nuestro sistema ecuatoriano ha optado por la tenencia de carácter mono parental, es decir sólo uno de los progenitores podía gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro.

Si bien es cierto en el Código de la Niñez y Adolescencia se habla sobre el principio del interés superior del niño y contiene importantes derechos, sin embargo, no hace referencia a la tenencia compartida, por ende se lo debe de adaptar a la realidad actual, para que de ese modo se respeten y hagan efectivos varios derechos que protejan a niños, niñas y adolescentes, pero sobretodo se busque el fortalecimiento de las relaciones familiares después de una separación

Por lo expuesto considero que es necesario regular en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, la cual a pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez podrá otorgarla a ambos progenitores, luego de producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, en la cual el hijo/a vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario. A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el

derecho del niño, niña y adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

### **3. Justificación.**

Con la finalidad de dar cumplimiento a uno de los requisitos establecidos por el Alma Mater, como es el de realizar un trabajo investigativo, previo a optar por el Grado de Abogado, he considerado pertinente realizar un estudio sobre la temática, titulada: **“REFORMAS LEGALES AL ART. 118 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, INCORPORANDO UNA NORMATIVA LEGAL QUE PREVEA LA TENENCIA COMPARTIDA PARA EVITAR DAÑOS PSICOLÓGICOS Y EMOCIONALES EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”**

Considero que el tema planteado reviste singular importancia, toda vez que al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida, se generan una serie de conflictos familiares, debido a la disputa de los padres por los hijos.

Recordemos que tanto la Constitución de la República del Ecuador en los Artículos 44 y 45 garantizan un sinnúmero de derechos a favor de los menores, como son el interés superior y el desarrollo integral. De igual forma en el Art 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, se prioriza estos derechos.

Al analizar el Art 108 del Código Civil, tenemos en el numeral 1 que a la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad (...).

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

Nuestra Constitución garantiza y protege a la familia en todas sus formas, respetando también las relaciones entre hijos y progenitores, protegiéndolas aún más cuando estuvieren separados. Si bien es cierto en el Código de la Niñez y Adolescencia se habla sobre el principio del interés superior del niño y contiene importantes derechos, pero que sin embargo, no se hace mención alguna sobre la tenencia compartida, por ende amerita ser revisado por el Asambleísta para que de ese modo se respeten y hagan efectivos varios derechos que protejan a niños, niñas y adolescentes, pero sobretodo se busque el fortalecimiento de las relaciones familiares después de una separación

Pienso que mediante el desarrollo de la temática planteada, me servirá primeramente para cumplir con una de los requisitos, previos a la Graduación y por cuanto el objeto de estudio es de vital relevancia y de notoria trascendencia social en la actualidad, toda vez que considero que

el Asambleísta al no establecer, lo relacionado a la tenencia compartida, no se garantiza de manera adecuada los principios de interés superior y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El presente trabajo investigativo, es de vital importancia ya que a través del estudio doctrinal y jurídico de la materia a tratar me permitirá tener un mayor conocimiento y una amplia visión sobre el objeto de estudio antes referido, aportando de este modo a una mejor comprensión y percepción del mismo. Es así, que dicho tema de estudio, será tratado y abordado con tal seriedad y responsabilidad, ser de notable connotación en la actualidad; por cuanto es necesario establecer en la legislación de menores ecuatoriana lo relativo a la tenencia compartida.

Este trabajo de investigación será abordado con seriedad de tal manera que con la culminación del mismo se convierta en fuente generador de conocimientos para las futuras generaciones inmersas en el campo del Derecho.

## **4. Objetivos.**

### **4.1. Objetivo General.**

- Realizar un estudio jurídico-doctrinario y crítico, relacionado a la tenencia compartida en la legislación de menores ecuatoriana.

#### **4.2. Objetivos Específicos.**

- Determinar que al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna.
- Realizar un estudio de Derecho Comparado sobre la tenencia compartida relacionándola con la legislación ecuatoriana.
- Formular un proyecto de reforma legal al Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, relacionado a la tenencia compartida.

#### **5. Hipótesis.**

Al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna.

#### **6. Marco teórico.**

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que “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.

Establece además que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”<sup>50</sup>

El Art. 108 del Código Civil, menciona algunas reglas en las cuales se concede la tenencia de los hijos, luego del divorcio así: “1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad (...).2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan; 3. No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan; 4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos

---

<sup>50</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada 2014.

señalados en el Art. 110; 5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y, 6. En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aún cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.”<sup>51</sup>

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

El Art. 106 ibídem, señala:

“Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (A307)del Código

---

<sup>51</sup> CÒDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2014. Pág. 20



Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

6. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. CC 28 La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de

quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.”<sup>52</sup>

La tenencia es el encargo del juez a uno de los padres para que asuma el cuidado y crianza de su hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad.

Es la responsabilidad que asume uno de los padres para velar por el normal desarrollo de su hijo.

La tenencia se vincula de manera directa con el futuro mismo del menor, con su bienestar, necesidades biológicas, morales, económicas y espirituales.

Si bien la familia, es el núcleo fundamental de la sociedad, ya que en ella, se desarrollan una serie de situaciones que determinan el carácter y la forma en la cual el ser humano se desarrolla e interrelaciona con sus semejantes. Es por eso que, a lo largo de la historia de la humanidad, se han creado y desarrollado una serie de instituciones jurídicas, que tienen como único fin normar y proteger las relaciones familiares que ocurren entre cada uno de sus miembros, regulando del mismo modo, las relaciones de sus miembros con la sociedad en general.

---

<sup>52</sup> CÒDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado al 2014. Pág. 28

Instituciones como la patria potestad y la tenencia poseen un valor trascendental para las relaciones familiares, pues de ellas emanan una serie de derechos y obligaciones.

Sin embargo, la familia ha evolucionado, cambiando no solamente la forma en la cual se encontraba estructurada, sino también el modo en el cual los roles que ejercían cada uno de sus miembros se encontraban distribuidos; factores sociales, económicos y políticos han provocado en la familia una transformación inminente.

Esta transformación, impulsada por una dinámica social cambiante, ha producido un incremento en el número de separaciones conyugales, dejando a niños, niñas y adolescentes en medio de este conflicto, sin que las instituciones jurídicas actuales ofrezcan soluciones que se adapten a la realidad ecuatoriana.

Por lo expuesto considero que es necesario regular en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, la cual a pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez podrá otorgarla a ambos progenitores, luego de producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, en la cual el hijo/a vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo, salvo causas graves que aconsejaren lo contrario. A tal fin, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el

derecho del niño, niña y adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

## **7. Metodología.**

La metodología que se aplicara en este proyecto de investigación se recurrirá a los métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, formas o medios de permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos; instrumentos utilizados para la descripción del derecho positivo como objeto de la ciencia jurídica. Tal es el caso de los métodos desarrollados por Savigny para la interpretación del derecho: histórico, gramatical, sistémico y teleológico. Cabe señalar además que el desarrollo del discurso formal que expone el tema objeto de estudio recurre a métodos lógicos preconizados por el formalismo jurídico: descripción, inducción, análisis y síntesis.

En la presente investigación utilizare los siguientes métodos y técnicas para un mejor compendio de la información.

**Investigación de campo.-** se realizara un diagnostico, mediante la técnica de la encuesta dirigidas a jueces de la familia, abogados y población civil.

**Investigación documental.**- la bibliografía, de las diferentes leyes, códigos, reglamentos vigentes, acuerdos, esto nos ayudara a reforzar y desarrollar bien el tema.

### **Tipos de investigación: aplicada y descriptiva.**

**Investigación aplicada.**- Es la utilización de todos los conocimientos obtenidos durante las prácticas para poder aplicarlos en los resultados de la investigación a favor de la sociedad.

**Investigación descriptiva.**- También conocida como la investigación estadística en la que se describen los datos y características de la población o fenómeno en estudio.

### **Métodos de investigación:**

#### **Método científico.**

Planteadas en nuestra investigación con las siguientes etapas: Elección y enunciado del problema, Estructuración de un marco teórico o referencial, Construcción de la hipótesis, Prueba de la hipótesis, y la Propuesta.

### **Método lógico: Deductivo- Inductivo.**

Este se lo aplicó en la elaboración de la hipótesis y la inducción cuando sobre la base de distintas opiniones receptadas en las encuestas, se puede hacer la generalización del o los problemas.

### **Método Analítico.**

Es la organización de los datos obtenidos de tal forma que nos facilite la evaluación de la hipótesis.

### **Técnicas de investigación.**

De campo, a través de la encuesta aplicada a una muestra de la población.

La técnica estadística es la presentación de los datos, por medio de diagramas comparativos, sobre nuestra encuesta donde los resultados se expresan en porcentajes.

**Diseño de la muestra.-** Este diseño de la muestra es en base de una selección, procurando que todos los elementos de la muestra tengan las mismas posibilidades para ser encuestados.

La encuesta será aplicada en una población de treinta (30) personas de entre la ciudadanía de la Ciudad de Tena y para conocer su criterio más experto a cinco (5) personas vinculadas a la Corte Provincial de Justicia

en lo referente a jueces y Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Tena.

Finalmente los resultados recopilados serán publicados en la Tesis de Grado correspondiente donde se reflejara el proceso del desarrollo investigativo en los análisis de los resultados a base de cuadros estadísticos para mayor comprensión, llegando a la comprensión de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada al inicio del proyecto investigativo, finalizando el informe con la exposición y redacción de conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma de Ley.

## 8. Cronograma.

ACTIVIDADES	Sept.				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero/2015			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Problematicación	X																			
2. Elaboración del Proyecto		X																		
3. Presentación del Proyecto			X																	
4. Acopio de la información bibliográfica.				X	X	X		X	X											
5. Investigación de Campo									X	X	X									
6. Análisis de información												X	X	X						
7. Elaboración del borrador del informe final															X	X	X			
8. Sesión Reservada																	X			
9. Defensa Pública y Graduación.																			X	



## 9. Presupuesto y financiamiento.

En toda Investigación, se hace necesario contar con recursos humanos, económicos y materiales que permitan la ejecución y desarrollo de la investigación a efectuarse, en este ítem, se presenta los recursos que se requiere para realizar la investigación.

### 9.1.- Recursos Humanos.

**Proponente del Proyecto:** Washington Paúl Culqui Galarza

**Población Investigada:** Funcionarios vinculados a la Corte Provincial de Justicia en lo referente a jueces y Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Tena.

### 9.2.- Recursos Económicos y Materiales.

<b>MATERIALES</b>	<b>COSTOS</b>	<b>9.3 Fin anc iam ien to. El</b>
Suministros de Oficina	\$200.00	
Viajes al Sector objeto de estudio	\$ 500.00	
Alquiler Computadora	\$ 50.00	
Impresiones	\$ 250.00	
Internet	\$ 30.00	
Imprevistos	\$ 250.00	
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 1280.00</b>	

total de gastos asciende a la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA USD, que serán financiados con recursos propios, accediendo para ello a un crédito en una institución financiera.

## **10. Bibliografía.**

- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”,

Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina edición 1.998, pág. 205.

- Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano; Actualizado a Enero/2014
- DICCIONARIO OCÉANO. Barcelona. Ediciones Océano. 1981. Pág. 79
- Diccionario Jurídico Ruy Díaz. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Grosman, C. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible? En Kemermajer, A. y Pérez, L. (Coords.). Nuevos perfiles del Derecho de Familia. (1ª ed.). (pp.208-211). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Cillero, M. (2010).El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En Ávila, R. y Corredores, M. (Eds.). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. (1ª ed.). (pp.96-97). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humano.
- STILERMAN, M. (1991).Menores Tenencia Régimen de visitas. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- [www. monografias.com](http://www.monografias.com)
- [www.wikipeddia.com](http://www.wikipeddia.com)
- [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)

## **ANEXO 2**

Encuesta

1. ¿Conoce usted sobre la institución jurídica de la tenencia compartida de los hijos?

2. ¿Considera usted que la tenencia regulada en la legislación de menores ecuatorianas, se encuentra bien legislada?

3. ¿Considera usted que al no estar regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, se vulnera el interés superior del menor y además se lesiona el derecho a la tutela efectiva, establecidos en la Carta Magna?

4. ¿Considera usted que al igual que en las legislaciones del Derecho Comparado se debe regular en la normativa de menores ecuatoriana la tenencia compartida?

5. ¿Considera usted que es necesario formular un proyecto de reforma legal al Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, relacionado a la tenencia compartida?

ÍNDICE		Pág.
PORTADA-----		I
CERTIFICACIÓN-----		II

AUTORÍA-----	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS.....	IV
DEDICATORIA-----	V
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS-----	VI
AGRADECIMIENTO-----	VII
TABLA DE CONTENIDOS-----	VIII
1.TÍTULO-----	1
2.RESUMEN-----	2
2.1 ABSTRACT-----	5
3 INTRODUCCIÓN-----	8
4.REVISIÓN DE LA LITERATURA	12
4.1 MARCO CONCEPTUAL	12
4.1.1 Matrimonio.....	12
4.1.2 Divorcio.....	15
4.1.3 Progenitores.....	18
4.1.4 Hijos.....	19
4.1.5 Custodia legal.....	22
4.1.6 Custodia monoparental.....	23
4.1.7 Custodia compartida.....	25
4.1.8 Corresponsabilidad de los progenitores.....	27
4.1.9 La guarda y la custodia.....	28
4.1.10 Tenencia de los hijos.....	31
4.1.11 Régimen de visitas.....	33

4.2	MARCO DOCTRINARIO.	35
4.2.1	Origen y evolución de la tenencia.....	35
4.2.2	Antecedentes Históricos del régimen de visitas en el Ecuador	36
4.2.3	Naturaleza jurídica de la tenencia.....	38
4.2.4	Características de la tenencia.....	40
4.2.5	Clases de Tenencia.....	42
4.2.6	Causas para que proceda la tenencia de los menores	44
4.3	MARCO JURÍDICO	47
4.3.1	Convención sobre los derechos del niño.....	47
4.3.2	Constitución de la República del Ecuador.....	49
4.3.3	Código de la Niñez y Adolescencia.....	55
4.3.4	Código Civil.....	67
4.4	LEGISLACIÓN COMPARADA	69
4.4.1	Legislación de España.....	69
4.4.2	Código Civil de Francia.....	74
4.4.3	Código Civil de Italia.....	76
4.4.4	Código Civil de Alemania.....	76
4.4.5	Código Civil de Noruega.....	77
5.	MATERIALES Y MÉTODOS	80
5.1	Materiales-----	83
5.2	Métodos-----	80
5.3	Procedimientos y Técnicas-----	82
6.	RESULTADOS	84

6.1.Resultados de Aplicación de la Encuesta-----	84
6.2.Estudios casos-----	94
7.DISCUSIÓN	99
7.1Verificación de Objetivos-----	99
7.2 Contrastación de Hipótesis-----	101
7.3 Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal	101
8. CONCLUSIONES-----	108
9. RECOMENDACIONES-----	110
9.1.PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA JURÍDICA-----	111
10. BIBLIOGRAFIA-----	117
11. ANEXOS.....	118
ANEXO 1 -----	118
ANEXO 2 -----	140
INDICE-----	141