

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

## TÍTULO

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ.

DIRECTOR:

Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre. Ph.D



No todos ocupan los  
mejores puestos, sino  
los más **2016** rades.  
aunque no sean genios.

## CERTIFICACIÓN

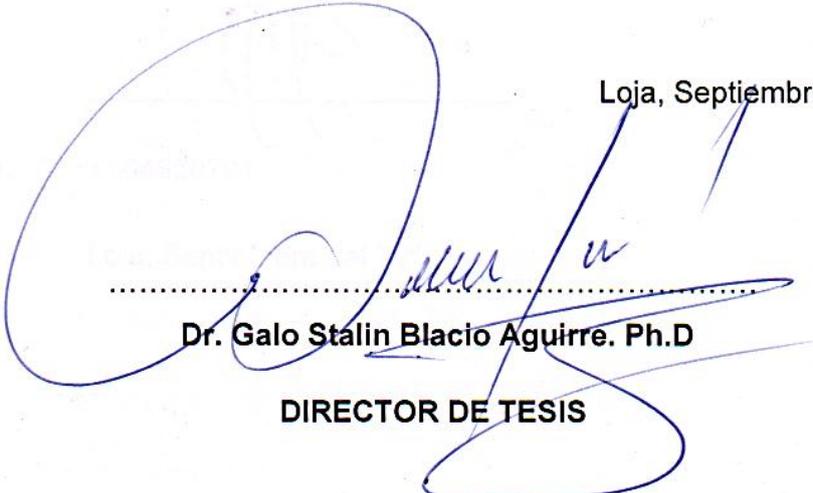
**Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre. Ph.D**

**DIRECTOR DE TESIS**

### CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica presentado por el postulante **VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ**, bajo el título de **“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”**, por lo que la presente tesis cumple con las normas de titulación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Septiembre del 2016



.....

**Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre. Ph.D**

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

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

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

Autor: Víctor Eduardo Benítez Benítez

Firma:



Cédula: 1104550791

Fecha: Loja, Septiembre del 2016

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

Yo, Jorge Francisco Sornoza Calderón declaro ser autor de la tesis titulada: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”** Como requisito para optar el Grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 23 días del mes de Septiembre del dos mil dieciséis, firma el Autor:

Firma: \_\_\_\_\_



**Autor:** VÍCTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ

**Cedula:** 1104550791

**Dirección:** Loja, Barrio los Eucaliptos, Km. 2 Vía a Catamayo.

**Correo Electrónico:** victoreduabenitez@outlook.com

**Teléfono:** 0999322315

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**

**Director de Tesis:** Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre. Ph.D

**Tribunal de Grado:**

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.

PRESIDENTE

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

VOCAL

Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc.

VOCAL

## **DEDICATORIA**

Con mucho cariño dedico este trabajo de investigación a mis padres Victor Alfonso Benítez Gordillo Y Luz María Benítez Coronel, quienes han sido el pilar fundamental para hacer de mi un hombre de bien. Por quienes día a día me he esforzado y sacrificado para conseguir la meta propuesta, ser un profesional con principios y moral.

*El Autor*

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Nacional de Loja, a sus autoridades de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia, quienes dan de sí sus conocimientos y experiencias para nuestra formación profesional; de manera especial expreso mi gratitud, al Dr. PH.D. Galo Stalin Blacio Aguirre Director de la presente Investigación quien asumió la Dirección de este trabajo con absoluta entrega y dedicación orientándome de la mejor manera para llegar a culminarlo de la presente tesis.

Hago extensivo mi agradecimiento a mis padres quienes me brindaron su apoyo incondicionalmente para el cumplimiento de mi meta propuesta.

Finalmente, a todos mis amigos que me brindaron su apoyo en la realización de esta tesis.

*El Autor*

## **1. TÍTULO**

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”**

## **2. RESUMEN**

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 45 señala: “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; 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”.

La institución jurídica que permite dar por terminado el vínculo matrimonial y dejar en aptitud para que puedan contraer nuevas nupcias si así lo desean

es el divorcio; el mismo que en nuestra legislación es de dos clases: Por Mutuo Consentimiento y el Contencioso.

El procedimiento de Divorcio Contencioso, materia de nuestra investigación, como su propio nombre lo dice es cuando no existe un acuerdo entre la pareja para dar por terminado el vínculo matrimonial, el mismo que se encuentra establecido en el Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos que señala: Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.
3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho...

De lo citado se puede colegir, que el Juez antes de dictar la sentencia de divorcio contencioso, primeramente debe resolver la situación en que quedan los hijos menores de edad; sin embargo en dicho articulado solamente se menciona sobre la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos, olvidando una parte fundamental como es el estado psicológico en que se encuentran y en el que quedarán durante y después de este proceso judicial.

De tal manera que creo necesario realizar una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

## **2.1 ABSTRACT.**

The Constitution of the Republic of Ecuador, Article 45 states: "The children and adolescents enjoy the common rights of human beings, in addition to the specifics of their age. The State recognizes and guarantees life, including the care and protection from conception.

The children and adolescents have the right to physical and mental integrity; his identity, name and citizenship; to comprehensive health and nutrition; education and culture, sport and recreation; social security; to have a family and enjoy family and community life; social participation; to respect for their freedom and dignity; to be consulted in matters affecting them; to educate a priority in their own language and cultural contexts of their peoples and nationalities; and to receive information about their parents or absent, except family members would be detrimental to their welfare.

The State shall guarantee freedom of expression and association, the free functioning of student councils and other forms of association. "

The legal institution that allows to terminate the marriage and leave in fitness so they can remarry if they wish is divorce; the same as in our legislation is of two kinds: by mutual consent and Litigation.

The procedure Contentious Divorce subject of our research, as its name says is when there is no agreement between the couple to terminate the marriage, the same as is established in Art. 332 of the Code General of processes which states: Procedencia.- is handled by the summary procedure:

1. The mandated by law.
2. possessory actions and special possessory actions, actions of new work, as well as the establishment, modification or termination of easements or any incident involving an easement already established, demarcation of boundaries in case of opposition and demand for despoiling and stripping judicial.
3. The claim related to the determination of the provision of food and the matters provided for in the law of matter and incidents. For the presentation of the demand on the provision of food is not legal sponsorship is required and for the filing of the application suffice the form provided by the Judicial Council.
4. The contentious divorce. If previously has not been resolved determination of food or tenure and visits for children and minors or incompetent, the divorce proceedings or termination of the union of fact can not be resolved..... "

Quoted what can be inferred that the judge before sentencing Litigation divorce must first resolve the situation in which the children are minors; however in that articulated only mentioned on the determination of food or tenure and visits which should be the minor children after the dissolution of

marriage, the way they must provide personal protection, education and sustaining those forgetting a fundamental part as is the psychological state they are in and which will be during and after this trial.

So that I needed legal reform to paragraph 4 of Article 332 of the Code General Process, in order to safeguard the rights of minors, in case of contested divorce, where an assessment is included and appropriate treatment psychological to minor children during and after the contentious divorce as a way to avoid the negative consequences that this may cause and thus prevent the violation of the right to mental integrity of children and adolescents stipulated in Article 45 of the Constitution.

### 3. INTRODUCCIÓN.

La presente tesis intitulada: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”**, se encuentra instituido de la siguiente manera:

Marco Conceptual: En el que se recogen conceptos, expresiones y definiciones referentes al tema de investigación como: matrimonio, familia, padres, hijos, divorcio, derecho, mismo que han sido utilizados en el desarrollo de la presente Tesis de Grado.

Marco Doctrinario: Durante el desarrollo de este aspecto, se ha recolectado doctrina referente a los antecedentes del divorcio, derecho de familia, clases de divorcio, juicio, maltrato psicológico, derecho a la integridad personal, tenencia, patria potestad, de libros, revistas, periódicos de renombrados especialistas del derecho.

En el desarrollo del Marco Jurídico, se ha analizado la Legislación Ecuatoriana, como la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil y el Código General de Procesos.

En cuanto a los métodos aplicados durante el desarrollo de la investigación se han utilizado: El Método Científico-Bibliográfico, Método Analítico, Método Descriptivo, El Método Inductivo y Deductivo.

En lo concerniente a las técnicas se ha utilizado la encuesta y la entrevista. Para la aplicación de la encuesta se ha tomado una muestra de una población o universo de 30 Abogados en libre ejercicio profesional.

En cuanto a la Verificación de Objetivos: se ha confirmado que los objetivos tanto el general como los específicos haya sido cumplidos.

La Hipótesis se ha contrastado positivamente dentro del Marco Conceptual, Marco Doctrinario, Marco Jurídico y a través de la investigación de campo realizada.

La Fundamentación Jurídica para la propuesta jurídica ha sido realizada en base a fundamentos constitucionales.

La Propuesta de Reforma Jurídica ha sido establecida con el afán de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **4. REVISIÓN DE LITERATURA.**

### **4.1. MARCO CONCEPTUAL.**

#### **4.1.1. MATRIMONIO.**

“El Matrimonio en su definición real, es la unión marital de un hombre y una mujer, entre personas legítimas, para formar una comunidad indivisa de vida.”<sup>1</sup>

El tratadista Roberto Suarez Franco señala que “La palabra matrimonio proviene de las acepciones latinas *matris munium*, que significan oficio de madre; este sentido atribuido a la palabra matrimonio tiene su origen, según las Partidas, en el hecho de que es a la madre a quien corresponde soportar los riesgos del parto y los mayores sacrificios que demanda la educación de los hijos.”<sup>2</sup>

El autor Marcel Planiol nos dice: “el matrimonio no es sino la unión sexual del hombre y la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y a la del sacramento por la iglesia”<sup>3</sup>.

---

1 Religiones y Matrimonio: Iglesia Católica, Naturaleza y fines del matrimonio, [http://www.publiboda.com/fines\\_del\\_matrimonio/index.html](http://www.publiboda.com/fines_del_matrimonio/index.html)

2 SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia Tomo I, Séptima edición, Editorial Temis. S.A. Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1998. Pág. 51

3 INDICE: El Matrimonio, [http://www.angelfire.com/yt3/tenay\\_adracir/MATRIMONIOS.htm](http://www.angelfire.com/yt3/tenay_adracir/MATRIMONIOS.htm)

“Matrimonio, es la unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales y que es reconocida por la ley como familia, como por ejemplo: la pareja contrajo matrimonio en la basílica del Pilar; han contraído matrimonio en el juzgado de paz matrimonio canónico (o matrimonio religioso) Matrimonio que se celebra según los ritos de una religión, especialmente de la religión cristiana, el matrimonio religioso se celebrará el domingo próximo en la iglesia de Santa María”<sup>4</sup>.

Al hablar de matrimonio entendemos que se trata de la unión de un hombre con una mujer, dicha alianza se concreta a través de determinados actos o trámites legales y que es reconocido socialmente a través de normas jurídicas al igual que de costumbres; la generación del vínculo matrimonial tiene inmersos numerosos derechos y obligaciones y también legitima la filiación de los hijos procreados.

#### **4.1.2. FAMILIA.**

Para el autor Ramón García Pelayo: La familia “La conforman el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismos techo, todas las personas de la misma sangre, como tíos, primos, sobrinos etc.”<sup>5</sup>.

“En un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico en el que cada individuo es el centro de

---

<sup>4</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

<sup>5</sup> RAMÓN García Pelayo y Cross, Diccionario Larousse. Ediciones Arouse; Montparnasse- Paris, Página 458.

uno de ellos, diferente según la persona quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y que en un sentido más restringido es el núcleo paterno filial o agrupación formada por el arte la madre y los hijos que conviven con ellos y que se encuentran bajo su potestad”<sup>6</sup>.

“Es el nervio de la vida social. La familia, centro vital de la sociedad.”<sup>7</sup>

Para Miguel Rondón García, “La familia es la célula básica del cuerpo social, la más universal de las instituciones, el agente de socialización por excelencia. También es la portadora de un patrimonio cultural que deja en todos nosotros su sello. No cabe duda de su importancia, pero sin embargo no existe una definición consensuada la misma. Por esta razón y para aproximarnos al concepto, proporcionamos una definición propia, fruto de nuestra revisión documental acerca de la Sociología de la familia. Entendemos la familia como la institución basada en lazos de relación del matrimonio, descendencia o adopción constituida por padres, no necesariamente casados, y sus hijos, unidos y fortalecidos por el amor y el respeto mutuo. Haciendo el concepto más elástico, la concebimos como el conjunto de personas que comparten unas necesidades afectivas y unas funciones compartidas y negociadas por sus miembros. Esta concepción intenta aproximarse a los modelos familiares

---

<sup>6</sup> BELLUSCIO, Claudio Dr., “Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia”, Facultad de Derecho de la UCE, Quito-Ecuador, Pág. 23.

<sup>7</sup> DURAN PONCE, Augusto. Legislación de Menores, Editorial Universitaria, Pág. 171

actuales, aunque resulta difícil en una sola definición reflejar la familia actual española, ante la inusitada multiformidad que acontece”<sup>8</sup>.

Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental, señala que: “La Familia, por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo y de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica”<sup>9</sup>.

“La familia no es viable sin cierta armonía entre ellas; de hecho, una disfunción en una de las funciones altera al sistema; el modelo de funciones familiares que a continuación se presenta ha sido adoptado por sociólogos, investigadores de la problemática de la familia, a partir de ser considerado como un adecuado reflejo de las interrelaciones que se dan al interior de cada familia, en concordancia con las actividades a las que ofrecen respuesta”<sup>10</sup>.

De lo citado se puede definir como familia a la unión de personas que comparten un proyecto vital en común, en el que se generan fuertes

---

8 RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel, 2011, Nuevas Forma de Familia y Perspectivas para la Mediación: El Tránsito de la Familia Modelo a los Distintos Modelos Familiares, Sevilla-España, p. 82.

9 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Edit. Heliasta, Argentina, 2001, Pág. 166.

10 GARCIA ARCOS, Juan Dr., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador, Pág. 34.

sentimientos de pertenencia a dicho grupo, con un fuerte compromiso personal entre sus miembros entre los que se establecen intensas relaciones de intimidad, afectividad, reciprocidad y dependencia, constituyen la base de la sociedad debido a que en su seno se reproducen formas, valores sociales y culturales que se instalan en una comunidad.

#### **4.1.3. PADRES.**

“El Padre y la madre de un ser. | Todos los hombres que tienen hijos. | Por extensión los abuelos y (abuelas). | Los antepasados más remotos”.<sup>11</sup>

“Calidad de padre. Tratamiento en que algunas órdenes dan los religiosos inferiores a los padres condecorados a su orden, y que los seculares dan por reverencia a todos los religiosos, considerándola como padres espirituales”.<sup>12</sup>

Ser padres no sólo implica procrear hijos o adoptarlos sino dar ejemplo, comprensión, seguridad y amor a nuestros hijos, nos hace responsables de ayudarles a convertirse en seres autónomos, íntegros que puedan desarrollarse plenamente para dar lo mejor de sí a la sociedad.

---

<sup>11</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 2003, Pág. 290.

<sup>12</sup> DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 724

#### 4.1.4. HIJOS.

Para Juan Larrea Holguín, hijo “Es la persona que ha sido engendrada por un padre o madre, o por ambos. Se presume hijo, el que nace dentro del matrimonio o bien por haber sido concebido dentro del matrimonio; o si ha sido concebido fuera de matrimonio, pero ha sido reconocido por el padre, la madre o ambos; o bien, si ha sido declarado judicialmente hijo de determinado padre o madre”.<sup>13</sup>

El tratadista Víctor de Santo señala que hijo es la “Persona respecto de su padre o de su madre”<sup>14</sup>

Galo Espinosa Merino señala que hijo es la “Condición y calidad de una persona o animal, respecto de su padre o madre. Cualquier persona respecto del reino, provincia o pueblo de que es natural.”<sup>15</sup>

El tratadista Manuel Ossorio, manifiesta: “niñez es el periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos en que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio, en lo civil implica plena incapacidad de obrar y en lo penal, total inimputabilidad”.<sup>16</sup>

---

13 LARREA HOLGUÍN, Juan; “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana”, Volumen IV F-H, Editorial de la Universidad Técnica Equinoccial. UTE Ecuador, Quito-Ecuador, 2005, Pág. 559.

14 DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 518

15 ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 351

16 Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Autor Manuel Ossorio, pag.485

Al referirnos a lo enunciado por el autor Larrea se puede añadir que hijo es aquel individuo procreado por un hombre y una mujer ésta relación implica un nexo de consanguinidad estrechamente vinculado puesto que sin padres no existirían hijos y viceversa.

Se debe destacar igualmente que hijo no solamente será aquel que fue procreado por sus padres, sino que también será hijo aquel que es adoptado por una pareja y adquiere todos los derechos de un hijo.

#### **1.4.5. DIVORCIO.**

Etimológicamente, el divorcio significa: “Dos sendas que se apartan de su camino”<sup>17</sup>.

“Separase irse cada uno por su lado; y por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le pone fin a la convivencia y el nexo de consortes: Puede definirse como la ruptura del matrimonio válido, viviendo ambos esposos”<sup>18</sup>.

Para Planiol y Ripert el divorcio es: “la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los dos esposos; divortium se deriva de divertere, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por

---

<sup>17</sup> SOMARRIVA, Manuel, “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile. 1946, Pág. 97

<sup>18</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 292.

causas determinadas en la ley”<sup>19</sup>.

El autor Manuel Somarriva en su obra el Derecho de Familia señala que: “el concepto divorcio deriva del latín “Divortium” que significa separar.

“Acción y efecto de divorciar o divorciarse. Separar por sentencia legal a dos casados. Separar, apartar personas o cosas que debían estar juntas”<sup>20</sup>.

Según lo expresado se puede añadir que divorcio es la derivación de la medida acordada entre los dos cónyuges o de sólo uno de ellos de disolver el vínculo matrimonial debido a diferencias irreconciliables suscitadas dentro de su relación y su diario convivir.

#### **1.4.6. DERECHO.**

El tratadista ecuatoriano, Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que: “Los derechos son normas del Ordenamiento y es igual de claro que normas de derecho fundamental son las contenidas en disposiciones de derecho fundamental, esto es, que principios mandatos de derecho fundamental son los contenidos en textos de derecho fundamenta y cumplen una función como instrumentos de ordenación del sistema jurídico en su conjunto,

---

<sup>19</sup> PLANIOL Y RIPIERT, Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 8, Pág. 153.

<sup>20</sup> OCEANO, Diccionario Enciclopédico.

además de ser desde el punto de vista interno, técnicas de garantías de posiciones subjetivas.”<sup>21</sup>

“Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos aun coercitivamente. Derecho Objetivo: conjunto de normas obligatorias que tienen por objeto conseguir el orden, la seguridad y la justicia. Derecho Subjetivo: poder moral inviolable para exigir, hacer o no hacer una cosa”.<sup>22</sup>

Para Mabel Goldstein es un: “Conjunto de principios, preceptos y reglas a los que están sujetas las relaciones humanas en toda sociedad civil y a cuya observancia toda persona puede ser compelida por la fuerza”.<sup>23</sup>

Según lo expresado, diremos que el derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra manera, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad.

---

21 ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación Jurídica, Edilexa S.A. editores, Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 121

22 ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.167

23 GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 204

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO.**

### **4.2.1. RESEÑA HISTÓRICA DEL DIVORCIO.**

“En el alto Imperio romano los casos más frecuentes eran los de concubinato y la unión libre, en todas las clases sociales. El matrimonio, cuando se practicaba, obedecía a un objetivo puramente económico: la transmisión del patrimonio a los descendientes directos en vez de otros miembros de la familia o la sociedad y a una política de perpetuar la casta de los ciudadanos. Si se carecía de patrimonio era innecesario casarse, y si se era esclavo, imposible (recién a partir del siglo III les estuvo permitido casarse a los esclavos). La inestabilidad de las parejas parece haber sido muy frecuente y el número de divorcios muy alto”<sup>24</sup>.

En el Derecho Romano, “la disolución del matrimonio se conocía como Divortium y se producía por diversas razones, entre las cuales podemos señalar:

- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;
- Por la muerte de uno de ellos;
- Por Capitis Diminutio;
- Por el incestus superveniens, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos;

---

<sup>24</sup> [www.wikipedia.com/divorcio](http://www.wikipedia.com/divorcio)

- Por llegar al cargo de Senador quien estuviese casado con una liberta;
- Por la cesación de la Affetio Maritalis, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio.

En la legislación Francesa no estaba permitido el Divorcio, el matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la Revolución de 1739, se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el Divorcio-Contrato y posteriormente surge el Divorcio-Sanción. Fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio en los casos de:

- Adulterio,
- Por la muerte de uno de los cónyuges,
- Por la condena a pena criminal,
- El abandono del hogar,
- Los excesos
- Sevicias,
- Las injurias graves del uno para con el otro,

Es decir todo lo que hiciera intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal”<sup>25</sup>.

“La Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy

---

<sup>25</sup> [www.monografias.com/derecho](http://www.monografias.com/derecho)

graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

Italia en 1970 fue de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes”<sup>26</sup>.

De acuerdo a lo expresado anteriormente podemos manifestar que el divorcio ha existido desde la antigüedad y era viable cuando existían situaciones de cualquier índole que hacían intolerable e insostenible el vínculo conyugal y por eso se optaba por el divorcio.

#### **4.2.2. EL DERECHO DE FAMILIA.**

“El derecho de familia, es parte del Derecho Civil que tiene por objeto las relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye el eje central la familia, el matrimonio, y la filiación”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> [www.wikipedia.com/divorcio](http://www.wikipedia.com/divorcio)

<sup>27</sup> DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, 2001, Editorial Jurídica Siglo XXI, Madrid-España, p. 528.

Para Francisco López Herrera, acerca del derecho de familia menciona lo siguiente: “es el conjunto de principios jurídicos y de normas legales, cuyo objeto exclusivo o principal o indirecto o simplemente accesorio, es determinar la condición de las personas y presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia”<sup>28</sup>.

El tratadista ecuatoriano Luis Parraguez Ruiz, referente al tema manifiesta: “Este ente social complejo de la familia, donde se convocan los intereses individuales y colectivos, necesidades afectivas y materiales, requiere de un ordenamiento que ajuste su sistema de relaciones internas y externas. Este sistema normativo es el Derecho de Familia, rama tradicional del derecho civil, al que podemos definir, por consiguiente como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de la familia, tanto en su estructura interna, que dice relación con la posición, derechos y obligaciones de sus integrantes, como en sus vinculaciones con el resto de la sociedad. En consecuencia, compete a esta disciplina el régimen normativo del matrimonio, sus requisitos, extinción y efectos; del parentesco; y de la relación paterno-filial.”<sup>29</sup>

Según lo analizado diremos que el Derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que norman las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros.

---

<sup>28</sup> LÓPEZ HERRERA, Francisco, 2008, Derecho de Familia, Segunda Edición Actualizada, Tomo I, Publicaciones UCAB, Caracas-Venezuela, p. 25.

<sup>29</sup> PARRAGUEZ RUIZ, Luis, 1999, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I Personas y Familia, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, p. 172.

#### 4.2.3. CLASES DE DIVORCIO.

En nuestra legislación existe el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio controvertido o causalístico; el primero se da por un acuerdo mutuo entre las partes y el segundo es cuando uno de ellos está inmerso en una causal de divorcio.

Al respecto Guillermo Cabanella, señala que: “el Divorcio por mutuo consentimiento, es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual se inició por una solicitud en la que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en realizar y han cumplido con todos los requisitos legales que la ley marca para lograr se dicte sentencia”<sup>30</sup>.

“Las causales de divorcio de cada país varían en función de su propio ordenamiento jurídico, pudiéndose encontrar:

- Violencia intrafamiliar (lesiones, injurias, violencia psicológica o física).
- Adicciones que afecten al núcleo familiar o a alguno de sus integrantes (Ejemplo adicción a drogas, juegos, etc).
- Ser sentenciado a pena corporal por delito grave que no alcance el beneficio de libertad bajo caución o fianza.
- Adulterio.
- Bigamia.

---

<sup>30</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Pág. 294

- Incitar u obligar a cualquier integrante a cometer un delito.
- Conductas que ponen en peligro la integridad física o psicológica de cualquiera de los integrantes de la familia.
- Abandono injustificado del hogar.
- Infecciones de transmisión sexual incurables.
- Falta de cumplimiento intencional a las obligaciones alimentarias.
- Delito cometido en contra de uno de los cónyuges o de los hijos.

#### Divorcio unilateral o incausado

En algunas partes del mundo, como España y la Ciudad de México, existe otra modalidad de divorcio que es unilateral o incausado, debido a que no requiere del consentimiento de ambos cónyuges, ni la expresión de una causa concreta que lo justifique o se tenga que probar en juicio, para que el Juez de lo familiar decrete la disolución del matrimonio en el corto plazo. Motivo por el cual, se le llama con frecuencia divorcio exprés.

Con esta reforma, en la ciudad de México otros Estados del mismo país, primero se decreta el divorcio y después se tramitan uno o más expedientes para la resolución de los temas relativos a la patria potestad, guarda y custodia de los menores, pensión alimenticia, derecho de convivencia o visita, partición de bienes, y en su caso, compensación a favor del cónyuge que se haya dedicado prioritariamente a las labores del hogar y la crianza

temprana de los hijos, que pueden llevarse varios meses o años más”<sup>31</sup>.

Analizando lo anteriormente citado, diremos que nuestra legislación contempla dos tipos de divorcio: el consensual y el contencioso.

El divorcio consensual, es el que se decide por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y que es declarado por sentencia judicial, mientras que el divorcio contencioso, es el solicitado por uno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, pero siempre uno de ellos debe estar inmerso en una o varias causales del divorcio.

#### **4.2.4. JUICIO.**

La Enciclopedia Espasa señala que: “juicio en sentido amplio e incluso legalmente, el termino juicio es sinónimo de proceso. La voz juicio presenta una connotación más directamente relativa a lo nuclear de la jurisdicción, mientras que el termino proceso tiene una carga semítica en la que se subraya la serie o sucesión de actos, jurídicamente regulados, que parece instrumental del juicio”. <sup>32</sup>

Ruy Díaz, señala que juicio es: “la controversia y decisión legitima de una causa ante y por el juez competente; o sea, la legítima discusión de un

---

<sup>31</sup> [www.wikipedia.com/divorcio](http://www.wikipedia.com/divorcio)

<sup>32</sup> Enciclopedia Jurídico ESPASA, Editorial ESPASA Calpe S.A, Impreso en España pag. 868

negocio entre actor y reo ante juez competente que la dirige y determina con su decisión o sentencia definitiva”.<sup>33</sup>

Para Guillermo Cabanellas, “juicio conocimiento, tramitación o fallo de una causa por un juez o tribunal”.<sup>34</sup>

Podemos acotar, que juicio se define como una controversia jurídica entre partes que se someten a un tribunal.

El juicio presume que existe una sustentación de derechos o intereses que se contraponen a lo defendido por la parte contraria.

#### **4.2.5. MALTRATO PSICOLÓGICO.**

“El maltrato o la vejación de menores abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño(a), su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder<sup>35</sup>”.

“El maltrato psicológico de los niños/as y jóvenes consiste en comportamientos por comisión u omisión que son juzgados, en base a una combinación de juicios profesionales y normas de la comunidad, como

---

<sup>33</sup> Diccionario RUY Díaz, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial RUY Diaz, Edición 2004, pag.564

<sup>34</sup> Diccionario Jurídico Elemental, Autor Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta S:R:L pag.217

<sup>35</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2006.

psicológicamente dañinos. Tales actos son cometidos, de manera privada o colectiva, por individuos que por sus características (edad, estatus, conocimiento, etc.) tienen una posición de poder que hace que el niño/a sea vulnerable. Tales comportamientos dañan de manera inmediata o diferida el funcionamiento conductual, cognitivo, afectivo o físico del niño/a. Algunos ejemplos de maltrato psicológico incluirán los actos de rechazar, aterrorizar, aislar, explorar y corromper<sup>36</sup>”.

“Los menores víctimas de maltrato y abandono son aquel segmento de la población conformado por niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o trasgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo o parcial<sup>37</sup>”.

El maltrato psicológico o emocional puede definirse como un tipo de violencia, que involucra cualquier tipo de comportamiento repetido de carácter físico, verbal, activo o pasivo, que agrede a la estabilidad emocional de la víctima, de forma continua y sistemática. El objetivo de dicho comportamiento es hacer sufrir a la víctima mediante la intimidación, generar sentimientos de culpabilidad o desvalorización aprovechando el amor o cariño que ésta siente hacia su agresor.

---

<sup>36</sup>CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE EL MALTRATO PSICOLÓGICO A LA INFANCIA Y JUVENTUD, 1983.  
<sup>37</sup>ARRUABARENA I, De Paúl J. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento, Pirámide, Madrid-España, 1999.

Este tipo de maltrato es el más difícil de identificar y evaluar por lo que la gravedad se estima según la frecuencia e impacto psicológico que ocasiona a la víctima. A pesar de que muchas personas lo asocian con las malas relaciones de pareja, el maltrato psicológico puede aparecer en distintos ámbitos pareja, familia y trabajo, pudiendo ejercerse por parte de un hombre hacia una mujer o viceversa, o de uno o ambos progenitores hacia los hijos.

#### **4.2.6. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.**

Referente al tema el autor Albán Escobar, Fernando, señala que: “el derecho a la integridad personal se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones.”<sup>38</sup>

La autora Mabel Goldstein, señala como: “La integridad, como cualidad personal, se refiere a la total o amplia gama de aptitudes poseídas, una persona íntegra es aquella que no se queda en una sola actividad, sino que se mueve por las distintas áreas del conocimiento, la integridad es característica en el hombre pues una persona íntegra es aquella que siempre hace lo correcto, al referirnos a hacer lo correcto significa hacer todo aquello que consideramos bien para nosotros y que no afecte los intereses de las demás personas.”<sup>39</sup>

---

38 ALBAN ESCOBAR, Fernando. **DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**; 2003. PRIMERA EDICIÓN; QUITO-ECUADOR. Pág.75

39 GOLDSTEIN, Mabel. **DICCIONARIO JURÍDICO CONSULTOR MAGNO**. Círculo Latino Austral. S.A. Buenos Aires – Argentina. 2008. Pág. 54

De acuerdo a todo lo citado, podemos enunciar que el derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta. El ser humano por su propia naturaleza tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La integridad física implica la preservación y cuidado de su cuerpo, en otros términos, nos referimos a mantener un buen estado de salud. La integridad psíquica implica la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones y preferencias.

#### **4.2.7. TENENCIA.**

Para el tratadista Manuel Ossorio, la tenencia es el: “Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinara cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa 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 e incluso salir con ellos.

Es provisional la tenencia acordada durante la tramitación del divorcio o de la nulidad y por eso la legislación impone al juez la obligación, en la primera

audiencia, de tratar de avenir a las partes en todo lo relativo a dicha tenencia y al régimen de visitas.

Es definitiva la tenencia que se acuerda en la sentencia, lo que no obsta para que la decisión se pueda modificar cuando a criterio del juez cambien las circunstancias que la determinaron, ya que el interés y la protección de los hijos es lo que debe prevalecer en esta materia. Precisamente por eso, si el juez considera que ninguno de los progenitores es digno de tener a los hijos, puede ordenar que su guarda sea encomendada a terceras personas, como puede también resolver que los hijos sean tenidos alternativamente por el padre y por la madre.

En la legislación suele regir el criterio de que, salvo causas graves, los hijos menores de 5 años queden a cargo de la madre y los mayores de esa edad a cargo del cónyuge inocente, a menos que esa solución resulte inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueren culpables, el juez determinará el régimen más conveniente para los hijos”<sup>40</sup>.

“La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor”<sup>41</sup>.

“Es la permanencia física del menor junto a sus padres. Si no existiere acuerdo de los padres sobre la tenencia, el Tribunal Considerará la conveniencia de que

---

40 OSSORIO, Manuel, 2006, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Sociales, 1ra. Edición Electrónica, Editorial Datascam S.A., Ciudad de Guatemala-Guatemala, p. 933.

41 <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/>, 27-02-2014

el menor continúe con el progenitor con el que hubiere vivido largo tiempo. Se preferirá a la madre divorciada o separada del padre, para el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Los hijos púberes estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan. En cambio, en la tenencia, se hará de manera que no ocasione daños psicológicos al menor.

Cuando la necesidad lo amerite, los fallos de tenencia se cumplirán inmediatamente, aun con apremio personal o allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el menor. Las resoluciones de los tribunales pueden ser modificadas; pero no pueden ser revisadas en un tiempo mínimo de 6 meses, salvo en caso de peligro grave del menor. Las resoluciones son apelables en el efecto devolutivo, lo que significa volver las cosas al estado anterior. Si el menor fuere llevado al extranjero con violación de disposiciones judiciales, los organismos del Estado arbitrarán las medidas necesarias para su regreso”<sup>42</sup>.

Al hablar de tenencia nos referimos al hecho de adueñarse de alguna cosa, o de un bien, ocupándolo o colocándolo bajo nuestro poder; con independencia del título que podría justificarlo. Más restrictivamente, diremos que la tenencia implica tener en su poder un bien en virtud de un título que le atribuye a otro la propiedad de dicho bien.

---

42 DICCIONARIO JURÍDICO EDUCATIVO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 2010, Tomo II, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, p. 358.

#### **4.2.8. PATRIA POTESTAD.**

Juan Larrea Holguin, señala: “Nos hallamos, pues, ante una de las “potestades”, que son figuras jurídicas típicas del Derecho de Familia, muy diferentes desde luego de las potestades o poderes, propios del Derecho Público. La potestad es un conjunto de derechos y obligaciones íntimamente vinculados correlativos, que persiguen todos ellos un fin de carácter social dentro de la organización de la familia.

Considerada la patria potestad como conjunto de deberes y derechos, tiene ciertas características generales que conviene tener presentes. De ningún modo se debe considerar como una potestad absoluta, sino más bien como algo relativo, es decir encuadrada en las exigencias de proteger al menor y lograr el bien de la familia. Por esto mismo, la patria potestad no es sino transitoria, ha perdido el primitivo carácter de perpetuidad, y está sujeta a un cierto control por parte de las autoridades públicas, tendiente a evitar los abusos”<sup>43</sup>.

“La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.

No debe olvidarse que estos derechos y facultades, únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir; sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a

---

<sup>43</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan, 2008, Manual Elemental de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen 2, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, p. 303.

cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase: la educación del hijo”<sup>44</sup>.

“Conjunto de derechos, poderes y obligaciones establecidas por la ley respecto de los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período. Respecto de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o aquel que haya sido declarado su padre o su madre. La patria potestad se pierde por delitos de los padres contra los hijos y se pierde su ejercicio cuando los padres han cometido ciertos delitos según preceptúe la ley. La autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza; es, pues, tan vieja como la sociedad humana. Pero el concepto sobre la manera de ejercerse, sobre los derechos y obligaciones que comporta, ha evolucionado profundamente. La patria potestad, no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos. Las normas que a ella se refiere son de orden público.

De ahí los siguientes caracteres: a) Es personal e intransferible. No puede renunciarse ni ser objeto de abandono. Tal conducta tiene graves sanciones legales; está fuera del comercio: no puede ser objeto de venta, transacción, cesión, ni en su totalidad ni en ninguno de sus atributos. De ahí que los acreedores no pueden embargar el usufructo legal, ni subrogarse en los derechos del padre para percibirlo. Es indelegable; solo en casos excepcionales puede ser objeto de un desmembramiento práctico, aunque no

---

44 PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, 2003, Derecho Civil Parte A, Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 3, Editorial Harla, México D.F., p. 255.

jurídico; así, por ejemplo, la internación del hijo en un colegio significa, sin duda, delegar la educación, el deber de cuidarlo. b) En cuanto a derecho, es eminentemente relativo. Las potestades paternas se reconocen teniendo en cuenta primordialmente el interés del hijo; por tanto, deben ser ejercidas en consonancia con este fin. Por eso la patria potestad no es perpetua; termina con la emancipación o la mayor edad, es decir, cuando el hijo puede ya prescindir de la tutela de sus progenitores. No es intangible; si el padre no la desempeña en concordancia con sus fines, si abusa de sus prerrogativas legales, si maltrata al hijo o le da ejemplos perniciosos, puede ser privado de ella o de su ejercicio. El estado interviene para controlar el ejercicio prudente de la autoridad paterna”<sup>45</sup>.

Analizando lo descrito se puede añadir que, la patria potestad establece una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. Se podría indicar que los derechos que la patria potestad le otorga a los padres se constituyen propiamente en poderes sobre los hijos, porque las facultades que la ley le confiere a los padres no son en beneficio de éstos sino de los hijos.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, es decir, ambos tienen iguales derechos para ese ejercicio; más esto no significa que siempre deban ejercitarla mancomunadamente; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para ejercer la patria potestad.

---

45 DICCIONARIO Y GUÍA ÍNDICE DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2010, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, p. 144-145.

### **4.3. MARCO JURÍDICO.**

#### **4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

**Artículo 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. 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>46</sup>.

Como puede observarse de la norma constitucional, se deduce la claridad expresa del precepto, el Estado, la sociedad y la familia deben preocuparse de manera mancomunada de garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

---

<sup>46</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Art. 44

**Artículo 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; 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>47</sup>

De acuerdo a lo anteriormente señalado se reconoce que el Estado garantiza y ampara el derecho a la vida desde el momento de la concepción; obligando así de forma imperativa a establecer proyectos, planes y programas para cumplir dicho propósito.

---

<sup>47</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 34

**Art. 67.-** “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

En el presente artículo nos da a conocer que se protege a la familia como el núcleo principal de la humanidad ya que cada uno de sus miembros tiene derechos.

**Art. 69.-** “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.
2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.
3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.
6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.”

#### **4.3.2. CÓDIGO CIVIL.**

**Artículo 105.-** “El matrimonio termina:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
3. Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
4. Por divorcio.”

**Artículo 106.-** “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer

matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge”.

**Artículo 110.-** “Son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”.

Analizando lo expresado en el acápite anterior, diremos que las causales de divorcio son varias entre las que se puede enunciar la falta de armonía entre

la pareja, violencia intrafamiliar, adulterio, adicciones o por abandono injustificado.

**Artículo 115.-** “Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación”.

De lo citado podemos darnos cuenta que es necesario que en la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez aparte de buscar se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, se incluya una valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar

las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho del menor.

#### **4.3.3. CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

### **CAPITULO III**

#### **PROCEDIMIENTO SUMARIO**

**“Art. 332.-** Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.
3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.

La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.

5. Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas.

6. Las controversias relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en vía ejecutiva.

7. Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios.

8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.

9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación.”

Como podemos observar en dicho articulado, es necesario efectuar una reforma legal al numeral 4 con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

**Artículo 333.-** “Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

1. No procede la reforma de la demanda.
2. Solo se admitirá la reconvención conexas.
3. Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días.
4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.

En las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas, contados a partir de la citación.

En materia tributaria, en acción especial por clausura de establecimientos, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas.

5. En las controversias En materia de niñez y adolescencia, la audiencia

única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.

6. Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario. Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento, despojo judicial serán apelables solamente en efecto no suspensivo. Las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios en que se ventilen las controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, no serán susceptibles de los recursos de apelación ni de hecho”.

Es necesario señalar que en el numeral 4 de este artículo, señala que se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Que esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

Según lo expresado se puede colegir que de acuerdo al Código General de Procesos, para contestar la demanda y la reconvencción en materia de niñez y adolescencia, que es nuestro tema de estudio, se tendrá un término de diez días, del mismo modo, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación y pueden ser apelables.

#### **4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.**

##### **4.4.1. Nicaragua.**

###### **Código de Familia.**

**Artículo 175.-** “En audiencia inicial el juez, oído el parecer de las partes, podrá dictar medidas cautelares que aseguren:

- a. La integridad física, psíquica y moral de los cónyuges y sus descendientes;
- b. La conservación y el cuidado de los bienes patrimoniales en el estado en que se encuentren al momento de entablar la demanda. Cualquiera de los cónyuges podrá ser nombrado depositario de los mismos, si el juez o jueza lo estima necesario;
- c. Una pensión alimenticia provisional para quienes tengan derecho a recibirla de acuerdo a lo establecido en este Código;
- d. El arraigo de la persona demandada, para el aseguramiento del pago de la obligación alimenticia, cuando corresponda dichas medidas se podrán dictar en cualquier etapa”.

##### **4.4.2. Argentina.**

###### **Código Civil.**

Art. 232 “confiere valor de prueba suficiente a la confesión y al reconocimiento de los hechos cuando la causal invocada es la separación de

hecho, en cambio respecto a otras causales que puedan invocarse, el **allanamiento** no habrá de producir plenos efectos pues el mismo Art. 232 dispone que en los juicios de separación no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos. De ahí que, de manera alguna puede la cónyuge reconviniendo intentar acreditar la existencia de una causal subjetiva fundándose en el **allanamiento** de su contrario, pues resulta necesaria la acreditación de tales extremos mediante otros medios probatorios”.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

Acorde con la naturaleza del problema jurídico, utilicé métodos generales y particulares, con las técnicas relativas que presentaré a continuación:

### **5.1 MATERIALES**

El desarrollo del trabajo investigativo se direccionó con la utilización de material bibliográfico, la utilización de obras literarias de carácter jurídico referentes a la problemática planteada, revistas jurídicas y páginas web especializadas, diccionarios de Derecho, información de periódicos, entre otros, con los cuales se realizaron los marcos referenciales o revisión de literatura. Los materiales de escritorio, útiles de oficina, entre papel, esferográficos, carpetas, cd, flash memory, Recursos Técnicos, entre otros, el uso de computadora, impresora, copiadora, scanner, grabadora.

### **5.2 MÉTODOS**

Dentro del proceso investigativo, apliqué los métodos: el Método Científico, que fue el instrumento adecuado que me permitió llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad, mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, puesto que es considerado como el método general del conocimiento.

La utilización de los Métodos: Analítico y sintético, Deductivo, e Inductivo, implicó conocer la realidad de la problemática de investigación, partiendo desde lo particular para llegar a lo general, en algunos casos, y segundo partiendo de lo general para arribar a lo particular y singular del problema, puesto que la investigación trasciende al campo institucional, la problemática se vuelve más compleja, con lo cual me remití al análisis de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos, para asimilar jurídicamente lo sucinto que fue la clave del éxito en la investigación.

Con el método analítico pude investigar las diferentes implicaciones y efectos negativos que produce la deficiente práctica del derecho Civil, especialmente en lo relacionado con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso”

También estuvo presente el método sintético mediante el cual relacioné hechos aparentemente aislados, que me permitan sustentar la existencia de limitaciones y falencias en las leyes que regula el divorcio contencioso.

El método estadístico, me permitió establecer el porcentaje referente a las encuestas y conocer los resultados positivos o negativos de la hipótesis.

### **5.3 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS**

Los procedimientos utilizados fueron, el documental - bibliográfico y de campo comparativamente que me llevó a encontrar las diferentes normas

comunes en el ordenamiento jurídico nacional y comparado, para descubrir sus relaciones y estimular sus diferencias o semejanzas, y por tratarse de una investigación analítica se manejó también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que fueron necesarios.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilicé fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas y de transcripción, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, y la recolección de la información a través de la aplicación de la técnica de la encuesta.

La encuesta fue aplicada en un número de treinta abogados en libre ejercicio profesional, por tratarse de reformas de carácter legal.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo fueron expuestos en el Informe Final, el que contiene la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados, que fueron expresados mediante cuadros estadísticos; y, culminé realizando la comprobación de los objetivos, finalicé redactando las conclusiones, recomendaciones y elaboré un proyecto de reformas legales que son necesarias para adecuarla a la legislación ecuatoriana.

## 6 RESULTADOS

### 6.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

#### PREGUNTA NRO. 1

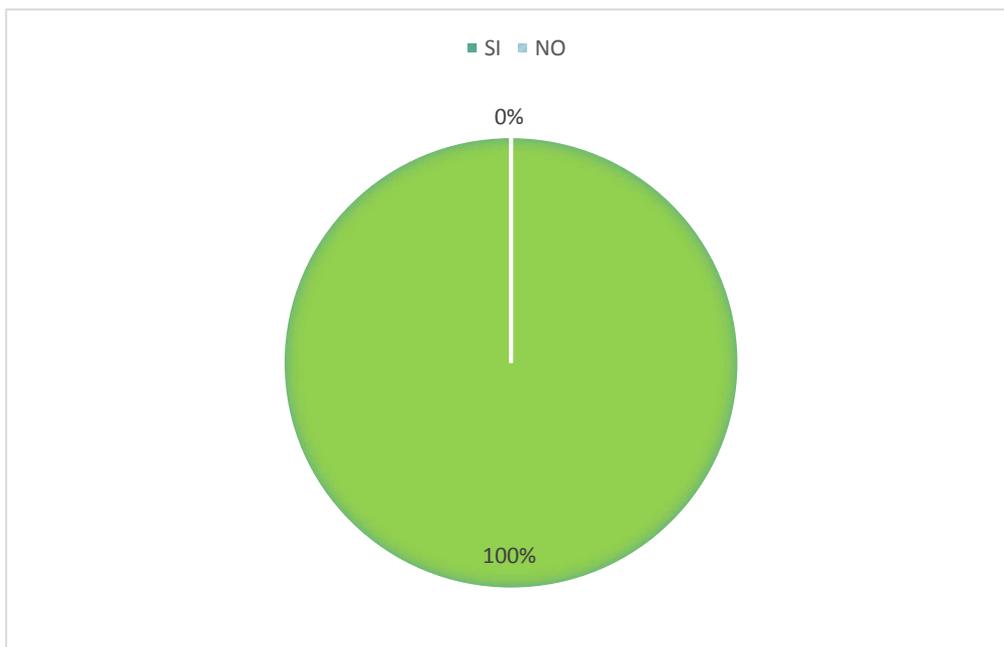
¿Conoce usted cuál es el procedimiento a seguir en el proceso de divorcio contencioso?

CUADRO NRO. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	0	0 %
SI	30	100 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio  
Autor: VÍCTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ

GRÁFICO 1



## **INTERPRETACIÓN**

De los 30 encuestados, el 100% de la muestra poblacional en efecto; tienen conocimiento sobre el proceso a seguir en el proceso de divorcio contencioso.

## **ANÁLISIS**

Los resultados obtenidos respecto de lo consultado en esta pregunta nos conducen a determinar que el conocimiento de las normas jurídicas que regulan el divorcio contencioso constituye un aspecto relevante dentro de la práctica profesional de la población investigada, lo cual garantiza la efectividad de la presente investigación, en razón de que al conocer la mayoría de profesionales encuestados sobre el divorcio, éstos pueden brindar información valiosa a lo largo de las otras interrogantes de la encuesta, dicha información coadyuvará la sustentación de la propuesta de reforma planteada.

### **PREGUNTA NRO. 2**

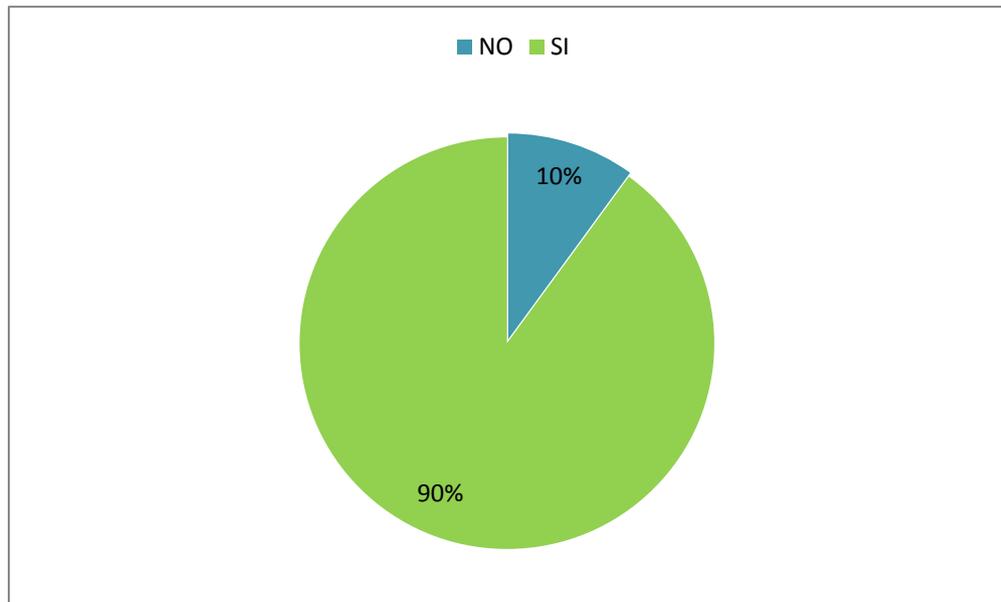
¿Considera usted que el Divorcio genera efectos psicológicos negativos en las niñas, niños y adolescentes?

**CUADRO NRO. 2**

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio  
Autor: VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ

**GRÁFICO 2**



### **INTERPRETACIÓN**

De las treinta personas encuestadas, el 90% de la muestra poblacional, es decir 27 profesionales del derecho, concuerdan en que un proceso de divorcio genera efectos psicológicos negativos en niños, niñas y

adolescentes, en tanto que 3 personas, correspondientes al 10 % de la muestra manifiesta que en la sociedad actual, el divorcio cobra gran relevancia, como un mecanismo para dar término al matrimonio y con esto a relaciones de pareja incompatibles por diversas circunstancias y los niños, niñas y adolescentes prefieren ver a sus padres separados, en lugar de encontrarse inmersos en situaciones desagradables y de conflicto, de modo que a pesar de encontrarse separados de uno de su padres se amoldaran a la situación y seguirán con sus vidas.

## **ANÁLISIS**

Pese a lo señalado por una parte de la muestra de estudio, los resultados vertidos respecto de lo consultado, permiten inferir que la situación psicológica de los menores se ve afectada seriamente al atravesar por el divorcio de sus padres, más aún cuando éstos no consiguen ponerse de acuerdo en los aspectos de custodia o tenencia, régimen de visitas, manutención, entre otros; lo que los lleva a franquear situaciones difíciles durante este proceso y al no tener la madurez suficiente para comprender lo que sucede, les ocasiona una inestabilidad emocional.

### **PREGUNTA NRO. 3**

¿Según su criterio personal, considera usted que el implementar una evaluación y tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y

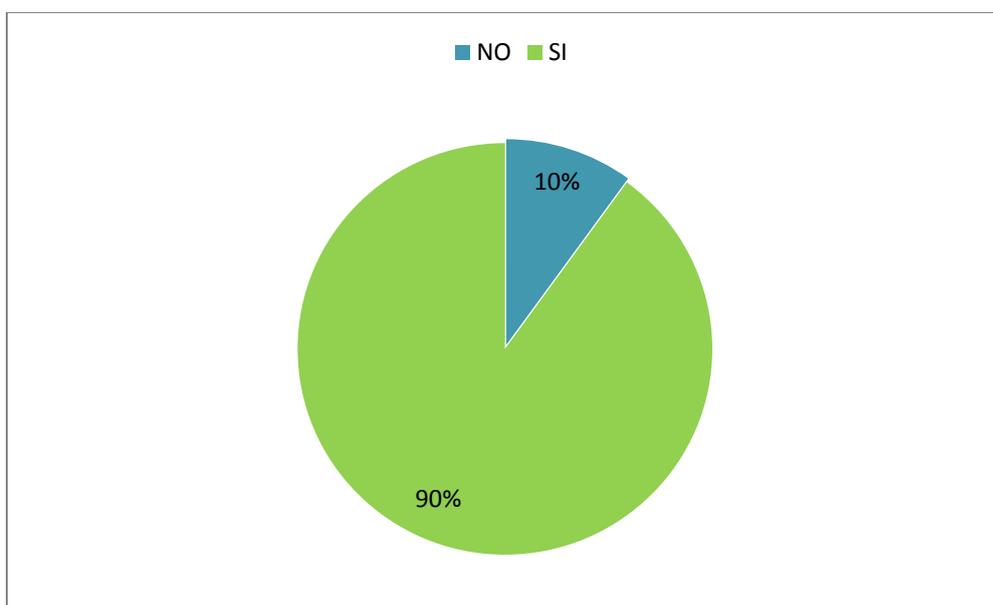
después de un proceso de divorcio contencioso aportaría beneficios a los mismos?

**CUADRO NRO. 3**

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio  
Autor: VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ

**GRÁFICO 3**



### **INTERPRETACIÓN**

De las 30 personas encuestadas, 27 personas, equivalente al 90% de la muestra poblacional, responden con gran convencimiento que; la

implementación de un análisis y tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después de un proceso de divorcio contencioso aportaría grandes beneficios tanto a los menores como a sus progenitores, ya que con una adecuada terapia se contribuiría a reducir las consecuencias negativas y se ayudaría a los niños, niñas y adolescentes a sobrellevar y comprender de una mejor manera el divorcio de sus padres. Mientras que por otro lado el 3 profesionales del derecho que corresponden al 10% de la muestra manifiestan que la implementación de dicha evaluación y terapia psicológica es innecesaria, por cuanto en la actualidad el divorcio es una situación común que afecta a muchos hogares, por ende los menores se encuentran más relacionados con el tema que en épocas de antaño, además los niños y adolescentes poseen muchas habilidades para enfrentarse y adaptarse a la nueva situación que debe vivir, obviamente el dolor por verse alejado de uno de sus progenitores existirá pero a la larga será superada.

## **ANÁLISIS**

De los resultados obtenidos se puede determinar que un análisis y adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante un proceso de divorcio contencioso derivará en que los niños, niñas y adolescentes mantengan una autoestima adecuada y eviten caer en depresiones que afectarán su correcto desarrollo físico y mental.

#### PREGUNTA NRO. 4

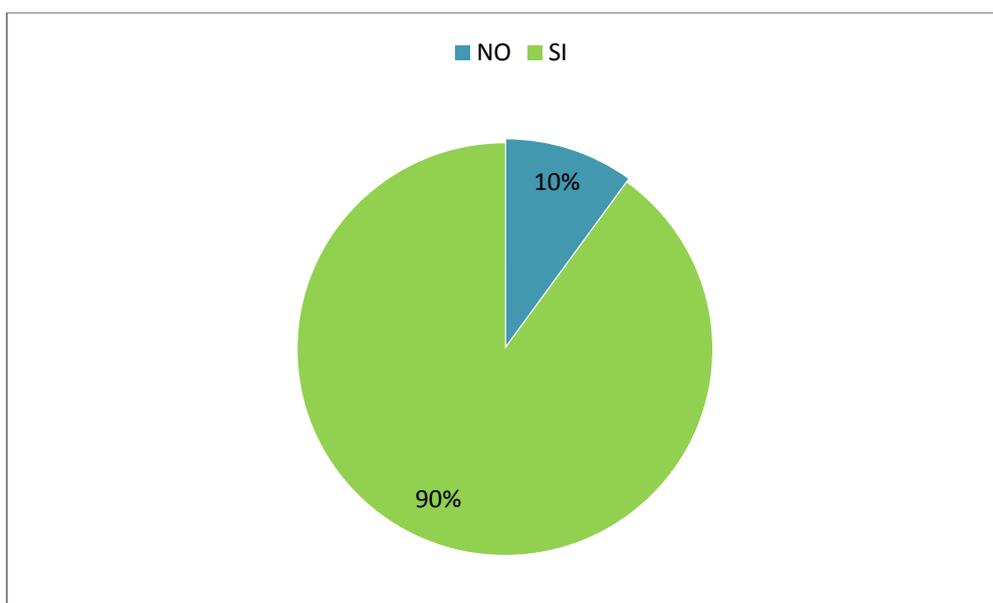
¿Considera usted que el Estado, debería contemplar medidas dirigidas a la protección psicológica de los niños, niñas y adolescentes durante y después de un proceso de divorcio contencioso?

CUADRO NRO. 4

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio  
Autor: VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ

GRÁFICO 4



## **INTERPRETACIÓN**

De las 30 personas encuestadas el total de la muestra seleccionada que corresponde al 90% contestan positivamente, que el Estado, debería contemplar medidas dirigidas a la protección psicológica de los niños, niñas y adolescentes durante y después de un proceso de divorcio contencioso, mientras que el restante 10%, considera que esta medida es innecesaria.

## **ANÁLISIS**

Los resultados obtenidos nos permiten obtener un diagnóstico importante en relación al gran vacío jurídico existente en relación a las medidas que debería adoptar el Estado ecuatoriano, para proteger la integridad psíquica de los menores de edad en un proceso de divorcio contencioso. Este proceso por el que penosamente deben atravesar los niños, niñas y adolescentes afecta seriamente su estado emocional, en tal virtud al no regular la situación psicológica en que quedan los hijos considero que se atenta contra un derecho primordial de éste grupo vulnerable.

### **PREGUNTA NRO. 5**

¿Considera imperioso proponer una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, en donde se incluya una valoración y adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad

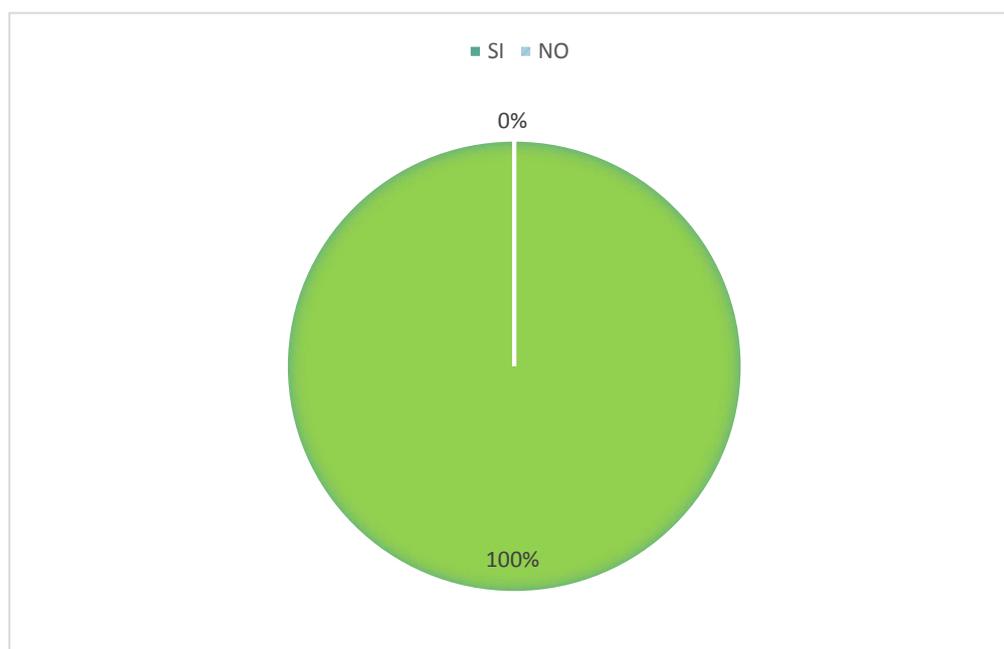
durante y después del divorcio contencioso, con el objetivo de precautelar los derechos de los menores de edad?

**CUADRO NRO. 5**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	0	0 %
SI	30	100 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio  
Autor: VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ

**GRÁFICO 5**



### **INTERPRETACIÓN**

De las treinta personas encuestadas, en su totalidad afirman estar de acuerdo con lo consultado en referencia a la necesidad de implementar una

reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, en donde se incluya una valoración y adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso, con el fin de precautelar los derechos de los menores que se encuentran en ésta situación.

## **ANÁLISIS**

Los resultados que se vertidos de la pregunta nro. 5 son determinantes para confirmar el problema identificado en la presente investigación; con absoluto convencimiento el pronunciamiento del encuestado refleja una posición frontal frente a la necesidad de efectuar una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, en donde se incluya una valoración y adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso, con el fin de precautelar los derechos de los menores, para que estos acepten la situación emocional en que se encuentran tanto ellos como sus progenitores y puedan adaptarse paulatinamente a su nuevo estilo de vida.

## **7. DISCUSIÓN.**

### **7.1 Verificación de Objetivos**

Al inicio de mí trabajo investigativo me propuse la verificación de cuatro objetivos, uno general y tres específicos, siendo éstos los siguientes:

#### **OBJETIVO GENERAL:**

- Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario respecto al estado anímico en que quedan los hijos menores de edad al atravesar un divorcio contencioso.

Este objetivo se encuentra plenamente justificado en razón de que se ha analizado en forma pausada y reflexiva el marco legal en relación al estudio de la regulación del proceso de divorcio contencioso contemplado por la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes, principalmente el derecho a la integridad psíquica y el interés superior, mismos que son determinantes en la temática planteada y analizada en el presente trabajo de investigación.

#### **OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

- Analizar el marco contenido en el Código Orgánico General de Procesos, y determinar, las consecuencias que genera la falta de tratamiento

psíquico de los niños, niñas y adolescentes durante y después del divorcio contencioso.

El primer objetivo específico ha sido demostrado en virtud de que la población encuestada ha dado razón en las preguntas número 1 y 2, las cuales hacen referencia a las consecuencias psicológicas que se generan durante y después de un proceso de divorcio contencioso; por ello es imprescindible que nuestra normativa jurídica contemple la ejecución de una evaluación y un adecuado tratamiento psíquico a niños, niñas y adolescentes que se encuentran atravesando ésta penosa situación para de ésta manera preservar el derecho legal que tiene éste grupo a la integridad psíquica la cuál es reconocida y garantizada constitucionalmente.

Se debe considerar que de la edad y el sexo que curse el menor en cuestión dependerán las consecuencias, en el caso de los varones, por lo general se vuelven conflictivos y rebeldes, pudiendo tomar actitudes delictivas y en el caso de las mujeres es manifiesta la depresión severa, prostitución y fracasos matrimoniales.

- Conocer si existen medidas propuestas por el Estado, dirigidas a la protección psicológica de los niños, niñas y adolescentes durante y después del proceso de divorcio contencioso.

El presente objetivo ha sido demostrado de igual forma, a través de lo cuestionado en las interrogantes 3 y 4, que hacen referencia a la necesidad de implementar durante y después de un proceso de divorcio

contencioso una valoración psicológica a los hijos menores de edad, la cual conlleve una apropiada terapia con el fin de aportar beneficios, no sólo a los menores en cuestión sino a los progenitores, lo que generaría varios beneficios en el sentido de mejorar la adaptación y comprensión del menor a la separación de sus padres, evitándose así consecuencias como la depresión que puede derivar en el sentimiento de culpa por lo acontecido hasta el suicidio.

- Proponer un proyecto de reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso.

El tercer objetivo ha sido demostrado de manera contundente, por medio de las respuestas otorgadas a las interrogantes 4 y cinco de la encuesta formulada, pues se ha receptado el criterio legal de funcionarios experimentados y con conocimiento pleno del problema y adicionalmente se ha sustentado posiciones y argumentos en base a conceptos de autores del derecho expertos en materia Civil.

## **7.2 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

La Hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente: Que es imperioso una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una

valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

La presente hipótesis ha sido ratificada, pues durante el proceso investigativo efectuado, se evidencia que nuestro articulado legal, no garantiza el derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes durante un proceso de divorcio contencioso.

Es imprescindible considerar que éstos pertenecen a un grupo de atención prioritaria del Estado, el mismo que de acuerdo a lo estipulado en la Carta Magna, debe priorizar el cuidado y protección de los menores de edad, aplicando para ello todas las medidas necesarias basándose en el principio del interés superior del niño y al no precautelar la integridad psíquica de los menores durante un proceso de divorcio, se ocasiona grandes consecuencias negativas que pueden verse y desarrollarse desde el inicio del proceso hasta la época de la adultez.

### **7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.**

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 45 señala: “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; 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”.

La institución jurídica que permite dar por terminado el vínculo matrimonial y dejar en aptitud para que puedan contraer nuevas nupcias si así lo desean

es el divorcio; el mismo que en nuestra legislación es de dos clases: Por Mutuo Consentimiento y el Contencioso.

El procedimiento de Divorcio Contencioso, materia de nuestra investigación, como su propio nombre lo dice es cuando no existe un acuerdo entre la pareja para dar por terminado el vínculo matrimonial, el mismo que se encuentra establecido en el Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos que señala: Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.
3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho...”

De lo citado se puede colegir, que el Juez antes de dictar la sentencia de divorcio Contencioso, primeramente debe resolver la situación en que quedan los hijos menores de edad; sin embargo en dicho articulado solamente se menciona sobre la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos, olvidando una parte fundamental como es el estado psicológico en que se encuentran y en el que quedarán durante y después de este proceso judicial.

De tal manera que creo necesario realizar una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

## 8. CONCLUSIONES.

- El divorcio contencioso implica que uno de los cónyuges solicite el divorcio sin el consentimiento del otro, el divorcio en sí trae como consecuencia la ruptura del vínculo matrimonial, separa física y sentimentalmente a los integrantes de la familia debido a la tenencia que se otorga a uno de los padres, cuando existen en el matrimonio hijos menores de edad, se toma la separación de los padres de un modo diferente, se debe diferenciar entre el sexo, edad y relación que posean los hijos con los padres, y el modo adecuado de ayudarles a sobrellevar esta situación evitando así trastornos psicológicos a largo plazo.
- El Código de la Niñez y Adolescencia es el encargado de regular las relaciones parento - filiales y sociales de los niños, niñas y adolescentes, pues regula el principio de interés superior del niño basándose en la búsqueda y garantía de los derechos de los mismos, así debe contemplar el derecho a la integridad psíquica.
- La ausencia de una norma jurídica que permita la implementación de una evaluación y terapia psicológica a los hijos menores de edad durante un proceso de divorcio contencioso, ocasiona consecuencias negativas tanto a corto como a largo plazo vulnerándose así el derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes el mismo que se encuentra reconocido en nuestra Constitución.

- Reviste una vital importancia la reforma del marco legal que regula el proceso de divorcio contencioso con el fin de avalar el desarrollo integral de los hijos menores de edad, preservando de ésta manera el derecho que tienen a la integridad psíquica, reduciendo así las consecuencias negativas que a la postre afectarán a la sociedad en general.
- Luego de realizado este trabajo investigativo, concluyo muy importante realizar un examen psicológico a los niños, niñas y adolescentes cuando estén atravesando sus padres un proceso de divorcio.

## **9. RECOMENDACIONES.**

- A la Función Ejecutiva, para que plantee reformas orientadas a mejorar el marco jurídico del proceso de divorcio contencioso, con miras a regular el estado psicológico en que quedan los hijos menores de edad durante estos procesos.
- A la Función Legislativa, para que perfeccione las normas que regulan el proceso de divorcio contencioso con el objetivo de implementar una evaluación y terapia psicológica a los hijos menores de edad durante un proceso de divorcio contencioso, garantizando el derecho a la integridad psicológica y afectiva reconocido legal y constitucionalmente.
- A la Función Judicial, principalmente a las Unidades Judiciales Especializadas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia creadas para vigilar el fiel cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mismos que deben ser eficientes durante un proceso de divorcio contencioso.
- A las Carreras de Derecho, para que realicen un estudio a fondo respecto de los derechos legales que poseen los niños, niñas y adolescentes con el fin de resguardarlos de mejor manera durante los procesos de divorcio contencioso.

- A los estudiantes de la Carrera de Derecho, con la finalidad de que investiguen e introduzcan propuestas de reforma encaminadas a mejorar las normas que regulan los procesos de divorcio contencioso, haciendo un especial énfasis en los derechos psicológicos de los niños, niñas y adolescentes y así regular de mejor manera el ámbito tanto económico como físico de éstos, de manera que prevalezca el interés superior del menor garantizado en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley.
- Finalmente recomiendo que la asamblea acoja este proyecto de reforma legal del presente trabajo.

## **9.1 PROYECTO DE REFORMA LEGAL.**

### **LA ASAMBLEA NACIONAL**

#### **EL PLENO:**

##### **Considerando:**

**Que**, es imperioso regular de mejor forma la normatividad jurídica del Estado Ecuatoriano con el propósito de garantizar la consecución de los derechos de sus habitantes con el objetivo de dar garantía al cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

**Que**, nuestro país se encuentra inmerso en un proceso de constante desarrollo y que se requiere de normas legales, claras y eficaces para el pleno desenvolvimiento social y económico de sus ciudadanos.

**Que**, el artículo 45 de la Constitución de la República establece los derechos de las niñas, niños y adolescentes siendo estos: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”.

**Que** la disposición constitucional mencionada corrobora la intención del legislador constituyente de mantener la estructura de la justicia especializada en la vigilancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las Unidades de Familia.

**Que** el Código Civil que regula los procesos de divorcio por mutuo consentimiento en la República del Ecuador, presenta significativas falencias en cuanto a garantizar el derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes; generando, complicaciones en el pleno desarrollo y protección de los hijos menores de edad y que impiden que los Jueces de la familia, Mujer, Niñez y Adolescencia puedan aplicar correctamente la Ley.

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

**ACUERDA EXPEDIR LA SIGUIENTE REFORMA LEGAL AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

Art. 1.- Modifíquese el Art. 332 por el siguiente:

**“Art. 332.-** Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya

establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.

3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes.

Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.

4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos, el régimen de tenencia y de visitas, y una valoración y un adecuado tratamiento psicológico para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.

La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.

5. Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas.

6. Las controversias relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en vía ejecutiva.

1. Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios.

8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la

reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.

9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación.”

Artículo final: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días del mes de... de 2015.

**F. PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA**

**F. SECRETARIO (A)**

## **10.- BIBLIOGRAFÍA.**

ARRUABARENA I, De Paúl J. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento, Pirámide, Madrid-España, 1999.

ALBAN ESCOBAR, Fernando. DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; 2003. PRIMERA EDICIÓN; QUITO-ECUADOR.

BELLUSCIO, Claudio Dr., “Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia”, Facultad de Derecho de la UCE, Quito-Ecuador.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Edit. Heliasta, Argentina, 2001.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008.

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Autor Manuel Ossorio,

DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, 2001, Editorial Jurídica Siglo XXI, Madrid-España.

Diccionario RUY Díaz, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial RUY Diaz, Edición 2004.

Diccionario Jurídico Elemental, Autor Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta S:R:L.

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Autor Manuel Ossorio.

DICCIONARIO Y GUÍA ÍNDICE DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2010, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador.

DICCIONARIO JURÍDICO EDUCATIVO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 2010, Tomo II, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador.

DURAN PONCE, Augusto. Legislación de Menores, Editorial Universitaria.

Enciclopedia Jurídico ESPASA, Editorial ESPASA Calpe S.A, Impreso en España.

ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987.

GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina.

GARCIA ARCOS, Juan Dr., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador.

LARREA HOLGUÍN, Juan; “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana”, Volumen IV F-H, Editorial de la Universidad Técnica Equinoccial. UTE Ecuador, Quito-Ecuador, 2005.

LÓPEZ HERRERA, Francisco, 2008, Derecho de Familia, Segunda Edición Actualizada, Tomo I, Publicaciones UCAB, Caracas-Venezuela.

OCEANO, Diccionario Enciclopédico.

OSSORIO, Manuel, 2006, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Sociales, 1ra. Edición Electrónica, Editorial Datascam S.A., Ciudad de Guatemala-Guatemala.

PARRAGUEZ RUIZ, Luis, 1999, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I Personas y Familia, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador.

PLANIOL Y RIPIERT, Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 8.

RAMÓN García Pelayo y Cross, Diccionario Larousse. Ediciones Arouse; Montparnasse- Paris.

RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel, 2011, Nuevas Forma de Familia y Perspectivas para la Mediación: El Tránsito de la Familia Modelo a los Distintos Modelos Familiares, Sevilla-España.

SOMARRIVA, Manuel, “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile. 1946.

SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia Tomo I, Séptima edición, Editorial Temis. S.A. Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1998.

ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación Jurídica, Edilexa S.A. editores, Guayaquil – Ecuador, 2010.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

[www.monografias.com/derecho](http://www.monografias.com/derecho)

[www.wikipedia.com/divorcio](http://www.wikipedia.com/divorcio)

<http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/>, 27-02-2014

11. ANEXOS.

ANEXO 1



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL  
ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE  
PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS  
DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO  
CONTENCIOSO”**

PROYECTO DE TESIS  
PREVIO A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE ABOGADO

**AUTOR:**

**VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ**

Loja – Ecuador

2016

## **1. TEMA**

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”**

## 2. PROBLEMÁTICA

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 45 señala: “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; 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>48</sup>

La institución jurídica que permite dar por terminado el vínculo matrimonial y dejar en aptitud para que puedan contraer nuevas nupcias si así lo desean

---

<sup>48</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 34

es el divorcio; el mismo que en nuestra legislación es de dos clases: Por Mutuo Consentimiento y el Contencioso.

El procedimiento de Divorcio Contencioso, materia de nuestra investigación, como su propio nombre lo dice es cuando no existe un acuerdo entre la pareja para dar por terminado el vínculo matrimonial, el mismo que se encuentra establecido en el Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos que señala: Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.
3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho...

De lo citado se puede colegir, que el Juez antes de dictar la sentencia de divorcio Contencioso, primeramente debe resolver la situación en que quedan los hijos menores de edad; sin embargo en dicho articulado solamente se menciona sobre la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos, olvidando una parte fundamental como es el estado psicológico en que se encuentran y en el que quedarán durante y después de este proceso judicial.

De tal manera que creo necesario realizar una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

### **3. JUSTIFICACIÓN**

La justificación para el desarrollo del presente proyecto de investigación y ejecución del informe final, se enmarca en tres ejes programáticos de tipo académico, social y eminentemente de carácter jurídico.

Académicamente, el desarrollo de la investigación en cuestión se verifica por la importancia de tratar un tema inherente al Derecho, como es el caso de una parte importante del régimen jurídico civil; de tal forma que se está cumpliendo con las exigencias previstas en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, para optar por el grado de abogado.

Desde una perspectiva social, lo que pretendo investigar, para mi punto de vista afecta los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes.

Jurídicamente, es totalmente pertinente demostrar la necesidad apremiante de reformar el artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores.

Por las justificaciones antes referidas, la problemática adquiere importancia y trascendencia académica, social y jurídica para ser investigada, a la vez que es factible realizarla con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas de investigación, además de suficientes fuentes de investigación bibliográfica, documental y de campo que aportarán para su análisis y discusión.

## **4. OBJETIVOS**

### **a. OBJETIVO GENERAL**

- Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario respecto al estado anímico en que quedan los hijos menores de edad al atravesar un divorcio contencioso.

### **4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Analizar el marco contenido en el Código Orgánico General de Procesos, y determinar, las consecuencias que genera la falta de tratamiento psíquico de los niños, niñas y adolescentes durante y después del divorcio contencioso.
- Conocer si existen medidas propuestas por el Estado, dirigidas a la protección psicológica de los niños, niñas y adolescentes durante y después del proceso de divorcio contencioso.
- Proponer, un proyecto de reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso.

## **5. HIPÓTESIS**

Es imperioso una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una

valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

## **6. MARCO TEÓRICO.**

### **Matrimonio**

“Unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales y que es reconocida por la ley como familia, como por ejemplo: la pareja contrajo matrimonio en la basílica del Pilar; han contraído matrimonio en el juzgado de paz matrimonio canónico (o matrimonio religioso) Matrimonio que se celebra según los ritos de una religión, especialmente de la religión cristiana, el matrimonio religioso se celebrará el domingo próximo en la iglesia de Santa María”<sup>49</sup>

Al hablar de matrimonio entendemos que se trata de la unión de un hombre y una mujer que se concreta por medio de determinados ritos o trámites legales y que es reconocido socialmente a través de normas jurídicas como de costumbres; el vínculo matrimonial conlleva diversos derechos y obligaciones y también legitima la filiación de los hijos procreados por sus miembros.

---

<sup>49</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

## **Familia**

“Familia. - Es el nervio de la vida social. La familia, centro vital de la sociedad.”<sup>50</sup>

El tratadista Luis Miguel Rondón García, señala: “La familia es la célula básica del cuerpo social, la más universal de las instituciones, el agente de socialización por excelencia. También es la portadora de un patrimonio cultural que deja en todos nosotros su sello. No cabe duda de su importancia, pero sin embargo no existe una definición consensuada la misma. Por esta razón y para aproximarnos al concepto, proporcionamos una definición propia, fruto de nuestra revisión documental acerca de la Sociología de la familia. Entendemos la familia como la institución basada en lazos de relación del matrimonio, descendencia o adopción constituida por padres, no necesariamente casados, y sus hijos, unidos y fortalecidos por el amor y el respeto mutuo. Haciendo el concepto más elástico, la concebimos como el conjunto de personas que comparten unas necesidades afectivas y unas funciones compartidas y negociadas por sus miembros. Esta concepción intenta aproximarse a los modelos familiares actuales, aunque resulta difícil en una sola definición reflejar la familia actual española, ante la inusitada multiformidad que acontece”<sup>51</sup>.

De lo citado se puede definir como familia a la unión de personas que comparten un proyecto vital en común, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, con un fuerte compromiso

---

<sup>50</sup> DURAN PONCE, Augusto. Legislación de Menores, Editorial Universitaria, Pág. 171

<sup>51</sup> RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel, 2011, Nuevas Forma de Familia y Perspectivas para la Mediación: El Tránsito de la Familia Modelo a los Distintos Modelos Familiares, Sevilla-España, p. 82.

personal entre sus miembros entre los que se establecen intensas relaciones de intimidad, afectividad, reciprocidad y dependencia, constituyen la base de la sociedad debido a que en su seno se reproducen formas, valores sociales y culturales que se instalan en una comunidad.

## **Padres**

Para Guillermo Cabanellas manifiesta que: “El Padre y la madre de un ser. I Todos los hombres que tienen hijos. I Por extensión los abuelos y (abuelas). I Los antepasados más remotos”.<sup>52</sup>

Ser padres no sólo implica procrear hijos o adoptarlos sino dar ejemplo, comprensión, seguridad y amor a nuestros hijos, nos hace responsables de ayudarles a convertirse en seres autónomos, íntegros que puedan desarrollarse plenamente para dar lo mejor de sí a la sociedad.

## **Hijos**

Para el autor Manuel Ossorio, “niñez es el periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos en que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio, en lo civil implica plena incapacidad de obrar y en lo penal, total inimputabilidad”.<sup>53</sup>

El tratadista ecuatoriano Juan Larrea Holguín al referirse a hijo señala que: “Es la persona que ha sido engendrada por un padre o madre, o por ambos.

---

<sup>52</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 2003, Pág. 290.

<sup>53</sup> Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Autor Manuel Ossorio, pag.485

Se presume hijo, el que nace dentro del matrimonio o bien por haber sido concebido dentro del matrimonio; o si ha sido concebido fuera de matrimonio, pero ha sido reconocido por el padre, la madre o ambos; o bien, si ha sido declarado judicialmente hijo de determinado padre o madre”.<sup>54</sup>

Al referirnos a lo enunciado por el autor Larrea se puede añadir que hijo es aquel individuo procreado por un hombre y una mujer ésta relación implica un nexo de consanguinidad estrechamente vinculado puesto que sin padres no existirían hijos y viceversa.

Se debe destacar igualmente que hijo no solamente será aquel que fue procreado por sus padres, sino que también será hijo aquel que es adoptado por una pareja y adquiere todos los derechos de un hijo.

## **Divorcio**

El autor Manuel Somarriva en su obra el Derecho de Familia señala que: “el concepto divorcio deriva del latín “Divortium” que significa separar. Etimológicamente, el divorcio significa: “Dos sendas que se apartan de su camino”<sup>55</sup>.

Según lo expresado se puede añadir que divorcio es la consecuencia de la decisión acordada entre los dos cónyuges o de sólo uno de ellos de disolver el vínculo matrimonial debido a diferencias irreconciliables suscitadas en la pareja.

---

<sup>54</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan; “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana”, Volumen IV F-H, Editorial de la Universidad Técnica Equinoccial. UTE Ecuador, Quito-Ecuador, 2005, Pág. 559.

<sup>55</sup> SOMARRIVA, Manuel, “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile. 1946, Pág. 97

## **Marco Jurídico.**

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

**Artículo 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; 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>56</sup>

De acuerdo a lo anteriormente señalado se reconoce que el Estado garantiza y ampara el derecho a la vida desde el momento de la concepción; obligando así de forma imperativa a establecer proyectos, planes y programas para cumplir dicho propósito.

---

<sup>56</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 34

## **CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

### **CAPITULO III**

#### **PROCEDIMIENTO SUMARIO**

**“Art. 332.-** Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.
2. Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.
3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.
4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.

La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional

de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.

5. Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas.
6. Las controversias relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en vía ejecutiva.
7. Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios.
8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.
9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación.”

Como podemos observar en dicho articulado, es necesario realizar una reforma legal al numeral 4 con el fin de precautelar los derechos de los menores, en caso de divorcio contencioso, en donde se incluya una valoración y un adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso como medida para evitar las consecuencias negativas que este puede ocasionar y de esta manera evitar la vulneración al derecho a la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes que lo estipula el artículo 45 de la Carta Magna.

## **7. METODOLOGÍA**

### **7.1 MÉTODOS**

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica la determinación del tipo de investigación jurídica que se pretende realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación "socio-jurídica", que se concreta en una investigación del Derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto es, relativa al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales.

### **7.2 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS**

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta.

El estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática. La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo

poblacional de por lo menos treinta profesionales del derecho en libre ejercicio para la aplicación de la encuesta; para la aplicación de esta técnica se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en gráficas con las respectivas deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

## 8. CRONOGRAMA

Actividades	PERIODO: ABRIL - SEPTIEMBRE 2016																								
	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio	■	■	■	■																					
Elaboración del proyecto de Investigación y aplicación					■	■	■																		
Investigación Bibliográfica									■	■	■	■													
Confrontación de los Resultados de la Investigación con los objetivos e Hipótesis													■	■	■										
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica.																	■	■							
Redacción del Informe Final, revisión y corrección																		■	■	■	■				
Presentación y Socialización de los Informes Finales. (tesis)																						■	■	■	

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

### a. Recursos Humanos

Director de Tesis: Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre.

Encuestados. 30 abogados en libre ejercicio

Postulante: VICTOR EDUARDO BENITEZ BENITEZ.

### b. Recursos Materiales y costos

<b>Materiales</b>	<b>Valor</b>
Libros	150,00
Separatas de Texto	10,00
Hojas	20,00
Copias	10,00
Internet	20,00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	400,00
Transporte	300,00
Imprevistos	400,00
<b>Total</b>	<b>1310,00</b>

### c. Financiamiento

El costo total del trabajo investigativo será financiado con recursos propios del autor del presente trabajo.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, editorial publicación oficial de la Asamblea Constituyente, Quito –Ecuador, 2008.
- ✓ CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016.
- ✓ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo II, editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires- Argentina, 1974.
- ✓ LARREA HOLGUÍN, Juan, “Derecho Civil del Ecuador, Derecho Matrimonial”, Volumen II, editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito- Ecuador, 2009.
- ✓ MARTINEZ MORALES, Rafael; “Glosario Jurídico Civil”, Volumen 4, editorial IURE editores, México, 2005.
- ✓ PARRAGUEZ Ruiz, Luis; “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia”; Volumen I, tercera edición, ediciones Universidad Técnica Particular de Loja, Loja- Ecuador, 1998.
- ✓ RAMS ALBESA, Joaquín, “Elementos de Derecho Civil, Familia”, Volumen IV, Editorial Dykinson, Tercera edición, Madrid- España, 2008.

## ANEXO 2

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

Señor Abogado: Con la finalidad de optar por el grado de Abogado, para la tesis denominada: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, CON EL FIN DE PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES, EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO”** solicito comedidamente que en base a su valioso conocimiento se sirva contestar la siguiente encuesta:

¿Conoce usted cuál es el procedimiento a seguir en el proceso de divorcio contencioso?

SI

NO

¿Considera usted que el Divorcio genera efectos psicológicos negativos en las niñas, niños y adolescentes?

SI

NO

¿Según su criterio personal, considera usted que el implementar una evaluación y tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y

después de un proceso de divorcio contencioso aportaría beneficios a los mismos?

SI

NO

10. ¿Considera usted que el Estado, debería contemplar medidas dirigidas a la protección psicológica de los niños, niñas y adolescentes durante y después de un proceso de divorcio contencioso?

SI

NO

¿Considera imperioso proponer una reforma legal al numeral 4 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, en donde se incluya una valoración y adecuado tratamiento psicológico a los hijos menores de edad durante y después del divorcio contencioso, con el objetivo de precautelar los derechos de los menores de edad?

SI

NO

## ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN .....	ii
AUTORÍA .....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN .....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO .....	vi
1. TÍTULO .....	1
2. RESUMEN .....	2
2.1. Abstract.....	5
3. INTRODUCCIÓN .....	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS .....	47
6. RESULTADOS.....	50
7. DISCUSIÓN .....	60
8. CONCLUSIONES .....	67
9. RECOMENDACIONES .....	69
9.1. Propuesta de Reforma .....	71
10. BIBLIOGRAFÍA .....	75
11. ANEXOS .....	79
ÍNDICE .....	100