



# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

**TITULO:**

**“CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR”**

TESIS PREVIA A OPTAR  
POR EL TITULO DE  
ABOGADO

**AUTOR:**

**BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ**

**DIRECTOR:**

**AB. PHD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE**

**1859**

**LOJA- ECUADOR  
2015**

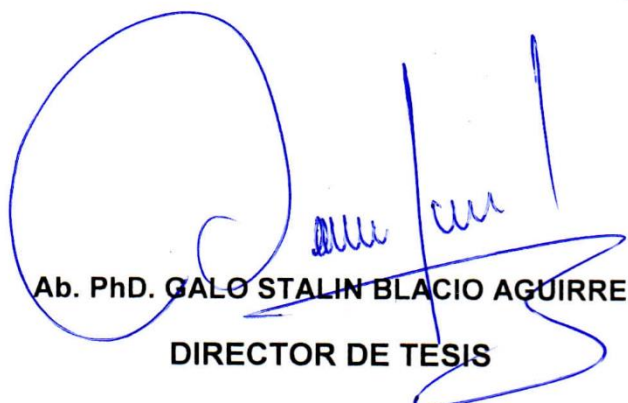
## CERTIFICACIÓN

**Ab. PhD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE DOCENTE DE LA CARRERA  
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

### CERTIFICO:

Que he dirigido el trabajo de Tesis para optar por el grado de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, con el tema: **“CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR”**, presentado por el postulante BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ; una vez que se han cumplido con las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte, autorizo al autor la presentación del estudio para la respectiva sustentación y defensa ante las instancias correspondientes.

Loja, Junio de 2015



**Ab. PhD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE**  
**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ, 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

**Firma:**

  
\_\_\_\_\_

**Cédula:**

08017965363

**Fecha:**

Loja, Junio 11 del 2015

**Autor:**

BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ

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

Yo, BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ, declaro ser autor de la tesis Titulada **“CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”**. Como requisito para optar al título de **Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador**, 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 su 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 de 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 11 días del mes de Junio del dos mil quince, firma el autor.

Firma: 

**Autor:** BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ

**Cedula:** 08017965363

**Dirección:** BARRIO EL COQUITO ALTO- SECTOR LAS PALMAS - ESMERALDAS - ECUADOR

**Correo Electrónico:** brigithfrutica@hotmail.com

brigithfrutica@yahoo.es **Teléfono:** 06-2461027

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**

**Director de Tesis:** Ab. PhD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE

**Tribunal de Grado:**

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg, Sc. PRESIDENTE

Dr. Felipe Solano Gutiérrez Mg, Sc. VOCAL

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg, Sc VOCAL

## **AGRADECIMIENTO**

Presento mi más sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, en particular a los Docentes de la Modalidad de Estudios a Distancia, Carrera de Derecho y de manera especial a la Ab. PhD. GALO STALIN BLACIO AGUIRRE, ya que en calidad de Directora de Tesis ha realizado un invaluable aporte para la culminación de esta investigación jurídica.

Debo además en honor a la gratitud mencionar a mis incondicionales amigos lojanos Diego Castillo Y Pedro Javier Castillo Castillo, quienes desinteresadamente siempre estuvieron prestos a ayudarme a vencer las dificultades de la distancia entre mi tierra Esmeraldas y la ciudad de Loja, cede de esta mi universidad, agilizando los trámites y acompañándome a realizar cada gestión necesaria para alcanzar este gran logro.

A todos ellos mi eterna gratitud

**BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ**

## DEDICATORIA

Me es imposible poder ser breve y solo decir que este trabajo está dedicado al sin número de personas que a lo largo de mi carrera universitaria contribuyeron con enseñanzas y críticas constructivas para ayudarme a culminar este proceso.

En honor a mi esfuerzo, debo permitirme ser puntual y dedicar es trabajo ante todo:

- A mi amada hija *Sahiana Salomé*, cuyo amor es para mí el único poder superior que concibo y la fortaleza que me impulsa cada día a tratar de ser una mejor persona.
- Y, a mis adorables padre y madre Ab. Oscar Corozo y Lcda. Ms. Marlene Díaz, por ser mi principal fuente de inspiración y los pilares que me sostuvieron en este arduo camino universitario.

BRIGIDA GEOVANKA COROZO DIAZ

## TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
  - 2.1 Resumen
  - 2.2. Abstract
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISION DE LITERATURA
  - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
    - 4.1.1. La Familia
    - 4.1.2. Diversidad de Familias
    - 4.1.3. El Derecho de Familia
    - 4.1.4. Desintegración Familiar
    - 4.1.5. Patria Potestad
    - 4.1.6. Definición de Tenencia
    - 4.1.7. Diferencia entre Tenencia y Patria Potestad
    - 4.1.8. La Custodia Compartida
  - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
    - 4.2.1. Origen y Evolución de la Familia
    - 4.2.2. Funciones de la Familia
    - 4.2.3. Origen e Historia de la Patria Potestad
    - 4.2.4. Antecedentes históricos de la Tenencia o Custodia Compartida
    - 4.2.5. La Tenencia Compartida de un Niño/a o Adolescente
    - 4.2.6. Fundamentos en favor de la Tenencia o Custodia Compartida.
  - 4.3. MARCO JURÍDICO
    - 4.3.1. La Patria Potestad en la Convención de los Derechos del Niño
    - 4.3.2. Los Derechos del Niño en la Constitución de la República

- 4.3.3. La Patria Potestad en nuestra Legislación
- 4.3.4. La Tenencia en la Legislación del Ecuador
- 4.3.5. El Principio de Igualdad
- 4.4. LEGISLACION COMPARADA
  - 4.4.1. La Custodia Compartida en la Legislación de El Salvador
  - 4.4.2. La Custodia Compartida en la Legislación de Colombia
  - 4.4.3. La Custodia Compartida en la Legislación de Costa Rica
- 5. MATERIALES Y METODOS
- 6. RESULTADOS
  - 6.1. Presentación de los Resultados de las Encuestas
  - 6.2. Presentación de los Resultados de las Entrevistas
- 7. DISCUSION
  - 7.1. Fundamentación de la Propuesta de Reforma
  - 7.2. Verificación de los Objetivos
  - 7.3. Contrastación de Hipótesis
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
- 10. PROPUESTA JURÍDICA
- 11. BIBLIOGRAFÍA
- 12. ANEXOS
  - 1. Formato de la Encuesta
  - 2. Formato de la Entrevista
  - 3. Proyecto
- 13. INDICE



## **1.- TITULO**

**“CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA  
LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA  
COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO  
CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO  
DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR”**

## **2.- RESUMEN**

La familia contemporánea, es una organización social regida por una infinidad de normas entre ellas, económicas, higiénicas, estéticas, religiosas, morales, políticas y jurídicas, integrada por el padre, la madre, los hijos, y los parientes, siendo los fines como institución universal, fortalecer la personalidad de los hijos en lo psicológico, moral, ético, humano y la formación en su proceso de crecimiento.

Si bien es cierto que en la época contemporánea, la familia ecuatoriana se encuentra atravesando una etapa crítica, originado por varios factores, tanto endógenos como exógenos que perjudican en forma directa e indirecta a la familia y particularmente al menor. Uno de los problemas se origina cuando se da el divorcio, se termina la unión de hecho o son madres solteras, es decir se produce la desintegración, consecuentemente el juez tiene que resolver sobre los alimentos y la tenencia del o los menores conforme la regla del artículo 108 del Código Civil, que dice, corresponde la tenencia: “1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo y de las hijas de toda edad; y, 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”, originando esta disposición jurídica la discriminación de uno hacia el otro progenitor, limitándole el derecho al acceso de cuidado, crianza y protección del menor, reconociendo y protegiendo la desigualdad de condiciones de los dos seres humanos que son sus padres, sin observar tampoco los elementales derechos y garantías de protección como grupo de atención prioritaria e integral del menor, consecuentemente, previo a estas consideraciones nuestra legislación Ecuatoriana no dispone de normas

claras y precisas que permita, aplicar el principio de “igualdad” constitucional, que todas las personas somos iguales ante la ley y que gozamos de los mismos derechos y oportunidades, creo que es de suma importancia efectuar mi investigación respecto al Derecho privado, al Derecho de familia en proporción a la necesidad de reconocer la tenencia compartida de los dos padres, a fin que se puedan cumplir con todos y cada uno de los preceptos legales en beneficio del menor.

## **2.1. ABSTRACT**

The contemporary family is a social organization governed by a multitude of standards including economic, hygienic, aesthetic, religious, moral, political and legal, consisting of father, mother, children, and relatives, being the purposes as universal institution, strengthen the personality of the children in the psychological, moral, ethical, humane and training in their growth process.

While it is true that in contemporary times, the Ecuadorian family is going through a critical stage, caused by several factors, both endogenous and exogenous harming directly and indirectly to the family way and particularly the younger. A problem arises when divorce occurs, the de facto union is terminated or are single mothers, the disintegration occurs, consequently the judge has to decide on food and tenure or minor under the rule of Article 108 of the Civil Code, which says, corresponds tenure: "1. A mother divorced or separated husband comes the care of prepubertal children, regardless of sex and daughters of all ages; and, 2. pubescent children are in the care of that parent they choose, "causing this legal provision discrimination from one to the other parent, limiting the right of access to care, parenting and child protection, recognizing and protecting unequal conditions of the two human beings who are their parents, without also observe the basic rights and guarantees of protection as a priority group and comprehensive care of the child, consequently, these considerations before our Ecuadorian law does not have clear rules and precise to allow, apply the principle of "equality" constitutional, that all persons are equal before the law and enjoy the same rights and opportunities, I think is paramount make my research regarding private law, family law in proportion to the need to recognize the shared

ownership of the two parents, so that they can meet each and every one of the legal precepts in the child.

### **3.- INTRODUCCION**

El presente trabajo de investigación denominado: CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR., tiene una gran importancia puesto que el problema a investigarse constituye uno de los aspectos más importantes del específicamente con lo que tiene que ver, con el Derecho Privado, que es el Derecho de familia, respecto a la figura jurídica de los progenitores, sus deberes, derechos y obligaciones con la familia y muy particularmente con el menor en cuanto a la tenencia compartida, la misma que carece de normatividad jurídica en cuanto a la correcta, completa, suficiente y clara normativa que permita en igualdad de condiciones, compartir los dos progenitores respecto a la crianza, educación, alimentación, en el orden común y con objetivos de no perjudicar en el desarrollo físico, psicológico y social del menor de edad.

La selección del tema obedeció a una necesidad de informar a la sociedad sobre uno de los aspectos más importantes del Derecho privado, ya que el mismo es inédito, además con el mismo trato de probar que existen vacíos jurídicos o lagunas en la Código Civil, y en el Código de la Niñez y Adolescencia, referente a la tenencia compartida, debiendo estas tenencias ser las mismas equilibradas, coherentes, preventivas y que brinden solución inmediata a los problemas de las personas en cuanto a su desarrollo.

Para la realización de mi investigación me enfoqué específicamente en analizar la patria potestad, la tenencia o custodia compartida así como sus requerimientos para consecuentemente obtener resultados confiables, analizarlos y encontrar soluciones legales que no afecten el interés social.

Además la realización de esta investigación tiene importancia científica, jurídica y académica, por cuanto las reformas propuestas servirán de base y fundamento sobre el cual el Juez competente hará respetar las disposiciones legales y la argumentación constitucional, resolviendo con equidad, transparencia y lo que es más en base de argumentos jurídicos respecto a la tenencia de los niños o adolescentes.

Para el desarrollo de la presente investigación, me he propuesto los siguientes objetivos:

Uno de carácter general: “Efectuar un estudio histórico doctrinario, social jurídico y analítico, respecto a la desintegración familiar, la tenencia compartida y los beneficios de aplicar esta figura jurídica en la legislación ecuatoriana”, y tres objetivos específicos, en donde se realizó un estudio a fondo la temática, los cuales detallo a continuación

“Probar que las disposiciones jurídicas existentes en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, son incompletas y perjudiciales para el interés superior del niño”.

“Demostrar que las disposiciones en el Código Civil y de Menores, son atentatorias y no cumplen con el principio de igualdad de derechos y oportunidades conforme a ley”

“Proponer un proyecto de reformas al Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la tenencia compartida, que permita aplicar una justicia igualitaria y justa.”.

La hipótesis planteada para la realización del presente trabajo y una vez confrontada con los resultados fue: **“La carencia de disposiciones jurídicas normativas en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, al omitir la tenencia compartida, atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades.”** La referencia teórica tiene como base la bibliografía contenida en la amplia doctrina expuesta por juristas nacionales y extranjeros y la legislación actualmente vigente en el país.

Este trabajo de investigación tiene la siguiente estructura: En primer lugar, se concreta el acopio teórico comprendiendo: a.- Un marco conceptual, en el cual analice la definición de familia, la diversidad de familias, hice un estudio del Derecho de Familia, La Desintegración Familiar, La Patria Potestad, realizo un estudio acerca de la Tenencia y analizo la diferencia con la Patria Potestad y finalmente me refiero a la custodia compartida b.- Un marco doctrinario en el que se realizó un estudio acerca del origen y evolución de la Familia; las funciones de la familia Así mismo analice el Origen e Historia de la Patria Potestad, hice un análisis de los antecedentes históricos de la Tenencia o Custodia Compartida y los fundamentos en favor de la misma c.- Un marco jurídico, en el que realizo un



estudio de la Constitución y su incidencia en el Derecho Sucesorio, además hago un estudio sobre las Reglas jurídico en el que realiza u estudio de la Patria Potestad en la Convención de los Derechos del Niño; analizo los derechos del Niño en la Constitución de la República, realizo un análisis de la Patria Potestad en Nuestra Legislación, hago un estudio de la Tenencia en la Legislación del Ecuador y y finalizo con un análisis del Principio de Igualdad Constitucional..

Realice un estudio de la custodia compartida en la legislación comparada, en la legislación de El Salvador, Colombia y Costa Rica.

Me auxilie de los métodos científico, inductivo y deductivo, dialéctico y comparativo; aparte de los procedimientos de observación análisis y síntesis de la información recopilada.

En segundo lugar, se hizo la indagación de campo o el acopio empírico siguiendo el consecuente orden: a) Presentación de los resultados de las de encuestas; y b) Presentación de los resultados de las entrevistas.

En tercer lugar, está la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de objetivos y contrastación de hipótesis; b) La deducción de conclusiones y c) El planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que esta la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

## **4. REVISION DE LITERATURA**

### **4.1. MARCO CONCEPTUAL**

#### **4.1.1. LA FAMILIA**

El concepto de familia ha ido transformándose hasta el punto de que hoy es un vocablo utilizado para referirse a realidades muy diversas. Según Rodrigo y Palacios, la familia es “la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia”<sup>1</sup>.

Flaquer afirma que “la familia es la agrupación humana primordial por antonomasia y la más elemental de todas”<sup>2</sup>.

Parada define a la familia como “la relación estable en la pareja conyugal, sus vástagos, si los hubiese, y su acción social; como una comunidad que tiene su núcleo configurador en el amor conyugal y su marco dentro de la institución matrimonial”<sup>3</sup>.

Existe un concepto de familia tradicional que reúne las siguientes condiciones: “contrato legal entre un hombre y una mujer; unión de vidas con compromiso de

---

<sup>1</sup> PALACIOS Jesús y RODRIGO María José, Familia y Desarrollo Humano, Editorial Alianza, 1998, SA. Pág. 370.

<sup>2</sup> FLAQUER Luis, Cambios en la Estructura de la Familia, Editorial Faros, España, 1998, Pág. 45.

<sup>3</sup> PARADA Jorge, Necesidades diferentes, igualdad e integración familiar, Editorial Huerto, Buenos Aires- Argentina, Pág. 124

futuro; hijos nacidos de la unión y separación de roles entre el padre, hacia afuera, y la madre, hacia adentro”<sup>4</sup>. Sin embargo este concepto no se ajusta a las realidades familiares que existen en la actualidad. No siempre existe el contrato legal, ni conviven en todo momento el hombre y la mujer, ni los hijos son siempre de la unión de los que ahora conviven ni los roles están tan diferenciados. Se puede afirmar, de un modo general, que a lo largo de las últimas décadas del siglo XX el concepto de familia tradicional ha cambiado de forma cualitativa.

Entendida en un sentido amplio la familia es “el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcionalmente, por la adopción”<sup>5</sup>.

Nos enfrentamos a una gran diversidad de formas familiares y de vida estable de pareja, a pesar de que en nuestro país la forma tradicional es la mayoritaria y de manera muy destacada en relación con el resto.

La inquietud actual sobre el futuro de la familia no arranca tanto de la incertidumbre sobre su vigencia como de la derivada de su creciente pluralidad, porque, cada vez con mayor intensidad la vida familiar adopta formas distintas de realización.

“Independientemente de cómo sea, resulta incuestionable que la familia tiene un papel relevante en la vida de las personas. De una forma u otra, la mayoría de las personas nacen y viven en una estructura familiar que afecta notablemente

---

<sup>4</sup> PALACIOS Jesús y RODRIGO María José, Familia y Desarrollo Humano, Editorial Alianza, 1998, SA. Pág. 370.

<sup>5</sup> PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Derecho Civil, Editorial Harla, México, 1997, Pág. 281

a su desarrollo personal y social y a su percepción vital, ayudando a conformar un sistema de valores que puede ser o no pulida por otras instancias educativas. Ya no podemos hablar de familia sino que debemos hablar de familias”<sup>6</sup>.

#### **4.1.2. DIVERSIDAD DE FAMILIAS**

##### **a) Las familias nucleares.**

Están compuestas por un varón y una mujer, unidos mediante matrimonio, y sus hijos.

Aunque es el tipo de familia más frecuente en Europa, está dejando de ser considerado como el único tipo de familia.

La llamada familia nuclear conyugal (padre-madre-hijos) ha tenido un papel preponderante a lo largo de la historia y continúa siendo el referente principal en nuestro país. De entre los diferentes estudios realizados sobre la familia nuclear se encuentra el de Javier Elzo que elabora una tipología de familias en base a los resultados obtenidos en su investigación. Así, diferencia entre cuatro tipos de familia nuclear: la familista, la conflictiva, la nominal y la adaptativa

La familia “familista” se constituye como un modelo de familia donde las responsabilidades de unos y otros están claras y son asumidas sin dificultad porque son previamente reconocidas. Se trata de una familia en la que las relaciones entre padres e hijos son buenas pues valoran fuertemente hacer

---

<sup>6</sup> SUARÉZ Cristóbal, Breves comentarios acerca de la Familia, Editorial Foscari, España, Pág. 95

cosas juntas. Los padres aprueban tres valores finalistas: moralidad, buena formación y dinero. Este tipo de familia, según Elzo, tiene la capacidad para transmitir los valores de los padres, al menos mientras los hijos permanezcan en el hogar familiar. De todas formas, se duda de si la transmisión de valores realizada por reproducción de los inculcados por los padres se ha interiorizado, se ha hecho propia.

La familia “conflictiva” es aquella en la que sus miembros se llevan mal entre sí, donde continuamente se generan conflictos, por causas distintas, por ejemplo, el consumo de drogas, cuestiones de orden sexual de los hijos, por las amistades de éstos e, incluso por las relaciones con los hermanos.

Tampoco las relaciones de padres con los hijos son satisfactorias y la comunicación entre ellos es muy escasa, incluso mala. La capacidad educadora de este modelo es nula, puede incluso promover en los hijos valores contrarios a los de los padres, como manifestación de su autonomía personal.

Un tercer tipo de familia, la “nominal” se caracteriza por tener unas relaciones familiares basadas en la convivencia pacífica más que en la convivencia participativa. Los miembros de este tipo de familias se comunican poco y comparten escasos objetivos. Los padres no se implican en la educación de los hijos.

En una familia de este tipo la capacidad para transmitir valores resulta ser muy escasa.

Por último, la familia “adaptativa” se constituye como el modelo más moderno de familia, porque refleja las tensiones de las nuevas realidades familiares. Se trata de una familia que goza de una buena comunicación entre padres e hijos, que tiene capacidad de transmitir creencias y valores, se muestra abierta al exterior y, por supuesto, no está exenta de conflictos y discrepancias, fruto básicamente de nuevas situaciones en los papeles de sus integrantes, mujer y hombre, padre y madre, padres e hijos. Este tipo de familia está actualmente en emergencia.

Pero si hasta aquí hemos insistido en que la familia ha cambiado profundamente, de forma semejante podemos afirmar que los modelos de relación intrafamiliar han sufrido cambios. Los cuatro tipos de familia propuestos por Elzo lo corroboran. En esta línea, comprobamos que la comunicación unidireccional, basada en el principio de autoridad, ha sido sustituida por una comunicación multidireccional, basada en el diálogo argumentado y, a menudo, en la toma de decisiones democráticas por parte de todos los miembros de la familia.

Parece ser que una sociedad democrática no puede desarrollarse sin una familia igualmente democrática, capaz de compatibilizar la vida profesional y la vida familiar en un plano de auténtica igualdad que asuma la necesidad de compartir las funciones domésticas. Éste se convierte en el gran reto de nuestra sociedad: conseguir la igualdad en todos los ámbitos de la vida, incluido el familiar. Somos conscientes de que esto implica muchos cambios a nivel social, cambios en las condiciones de vida, sociales y familiares, de momento difíciles de conseguir. Nos topamos con situaciones límite que atraviesan buena parte de familias: familias con personas en paro o discapacitados para trabajar, familias en

situaciones de pobreza, familias marginadas por ser distintas a la mayoría, etc. que dificultan la consecución de lo deseable.

### **b) Los hogares monoparentales y el fenómeno del padre o madre ausente.**

En este tipo de hogares vive una familia constituida por una madre o un padre sin pareja y que vive, al menos, con un hijo menor de dieciocho años.

La mayoría de estas familias están encabezadas por mujeres divorciadas que han obtenido la custodia de los hijos, o por mujeres que nunca han estado casadas. Los hogares monoparentales son cada vez más habituales.

La mayor parte de estas personas no desea convertirse en un padre o una madre solo, pero una minoría creciente de mujeres con independencia económica decide tener uno o más hijos sin la necesidad de convivir de manera estable con una pareja

a. Podríamos denominar estos casos como de madres solteras por decisión propia. No obstante, existe una alta correlación entre la tasa de nacimientos fuera del matrimonio y los indicadores de pobreza y marginación social en determinados países y comunidades lo que autoriza a pensar que en la mayoría de los casos no es una situación deseada (un caso singular es Suecia donde en 1994 uno de cada cinco niños vivía en familias monoparentales).

Desde el punto de vista de la educación de los hijos se ha discutido mucho sobre las repercusiones de criarse sin padre, lo que se ha relacionado con un variado conjunto de problemas sociales, como el aumento de la delincuencia juvenil, si

bien en estos casos puede formularse la hipótesis de que sean la pobreza y la marginación, más que la ausencia de padre, los responsables de esos problemas. El fenómeno del padre ausente se da en algunas familias por motivos profesionales, en otras por separaciones y divorcios. Hoy en día habría que hablar también del fenómeno de la madre ausente y de la reducción del tiempo de contacto entre ambos padres con sus hijos.

### **c) Familias reconstituidas en segundas o sucesivas nupcias.**

Son familias que se recomponen después de una ruptura provocada por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja o por el divorcio. Es el tercer tipo más frecuente en casi todos los países, aunque a bastante distancia del porcentaje que representan las familias completas y las monoparentales. Su frecuencia es mayor en países como Suecia o Finlandia. En la actualidad el porcentaje de personas separadas que inicia una nueva relación de pareja es muy elevado, aunque con rasgos diferenciadores según el sexo. Normalmente entre el 70 y el 80% de los hombres y entre el 35 y 45% de las mujeres se vuelven a casar y además lo hacen entre los tres y cuatro años siguientes al divorcio

El funcionamiento de este tipo de familia que se crea a partir de segundas y terceras nupcias depende de muchas circunstancias como son la edad de los contrayentes, sus relaciones familiares anteriores, el número de hijos que aporta cada cónyuge a la nueva unidad familiar, así como la nueva descendencia.

Pero han de afrontar muchas dificultades de las que no siempre se es consciente, ni para las que se está preparado. En primer lugar, existe un padre o una madre biológica que vive fuera del hogar y cuya influencia sobre el hijo o



los hijos probablemente sigue siendo fuerte. En segundo lugar, las relaciones de cooperación entre las parejas han de soportar muchas tensiones, por ejemplo con el régimen de visita de los padres y madres biológicos, que puede hacer imposible que estén juntos todos los miembros de la nueva familia durante el fin de semana o durante las vacaciones. En tercer lugar, se mezclan niños de distintos orígenes lo que da lugar a diversos conflictos propios en las familias que algunos autores llaman “binucleares” (las parejas se rompen, pero no las familias en su conjunto, por lo que existe más de un núcleo o polo de atracción).

#### **d) Las parejas de hecho o en cohabitación.**

La convivencia en parejas unidas por lazos de afecto, pero sin el vínculo legal del matrimonio, también se ha ido extendiendo cada vez más en la mayoría de las sociedades occidentales, cuando no hace demasiadas décadas solía considerarse un tanto escandalosa

Con frecuencia, la cohabitación es una etapa experimental antes del matrimonio. Una pareja que ya mantiene una relación afectiva y sexual pasa cada vez más tiempo junta, hasta que finalmente comparten vivienda y se convierten en una pareja de hecho. Muchas de ellas pasado un tiempo, acaban casándose con lo cual dan por concluida la fase de lo que podríamos denominar el “matrimonio a prueba”.

#### **e) Los hogares unipersonales.**

Aquí propiamente no procede hablar de familia ya que se trata de hogares formados por una sola persona. Su número también va en aumento”<sup>7</sup>.

Ahora bien, el significado de este fenómeno adquiere diferentes significados en función de variables como la edad, el sexo, o el grado de aceptación social de esta posibilidad. Por ello se observan diferentes orígenes.

Uno es el de los matrimonios tardíos, otro el divorcio y otro las personas de edad avanzada cuyos cónyuges han muerto.

La mayoría de los que están solos entre los treinta y los cincuenta años son divorciados y la mayor parte de los que viven solos después de los cincuenta están en situación de viudedad. En la actualidad se está experimentando un crecimiento en la proporción de solteros y solteras entre veinticinco y treinta y cinco años, sobre todo de profesionales con un determinado estándar económico y cultural

#### **4.1.3. EL DERECHO DE FAMILIA.**

El derecho de familia en nuestro país, se encuentra contemplado constitucionalmente como la primera prioridad del Estado Ecuatoriano, un acercamiento es el que nos establece que: “Es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia entre si y respecto a terceros”<sup>8</sup>, es decir en un Estado jurídicamente organizado existen normas dispersas en los diferentes

---

<sup>7</sup> ELZO Francisco Javier, La educación familiar en un mundo en cambio, Editorial Corpus, España, Pág. 24

<sup>8</sup> WWW. YAHOO.COM [http://es.wikipedia.org/wiki/derecho de familia](http://es.wikipedia.org/wiki/derecho_de_familia)

cuerpos legales como la Constitución Política de la República del Ecuador, el Código Civil, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación y otros cuerpos legales, normas que regulan las relaciones de los miembros de un grupo de personas denominadas familias, con plenos derechos, deberes y obligaciones que cumplir.

El Diccionario Jurídico Espasa, establece que: “Es la parte del Derecho Civil que tiene por objeto las relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paternos filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores. Constituye el eje central la familia, el matrimonio y la filiación”<sup>9</sup>. Nos establece un criterio en relación a las relaciones de padres e hijos y más miembros del grupo familiar que guarden relación por su parentesco de consanguinidad, afinidad o adoptivo, y su relación con las actividades propias de su entorno en relación a la protección, orientación y cumplimiento de objetivos familiares en lo social, cultural, económico, educativo, como en lo patrimonial.

En cambio el tratadista Zaragoza Vicente del Valle, al referirse al derecho de familia manifiesta que es el conjunto de normas originadas de las relaciones familiares que tienen las siguientes características.

1. “La naturaleza de sus instituciones es más bien moral que jurídica, predominando las relaciones personales sobre las patrimoniales, es decir, prima la condición de persona de los sujetos, que intervienen en este derecho, sobre

---

<sup>9</sup> DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Editorial Espasa Calpe. Madrid-España, 2001, pág. 528.

las consecuencias económicas que se puedan derivar de las relaciones familiares.

2. El interés social prevalece sobre el interés individual, ya que se considera a la familia como una institución básica de la sociedad. La consecuencia inmediata de esto es que por regla general las normas del Derecho de Familia son imperativas e inderogables, generando derechos intransmisibles, irrenunciables, es decir, que no se pierden por el paso del tiempo. Estos derechos son generalmente recíprocos”<sup>10</sup>.

El derecho de familia es considerado como el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales de todos los miembros que integran la familia, siendo el objetivo primordial el de preservar en las mejores condiciones las relaciones entre si en el núcleo familiar estables y bien definidas para todos y cada uno de los integrantes, siendo necesario regular las diversas actividades, o relaciones que se generan, como la sociedad conyugal, los derechos, deberes, obligaciones , la sucesión por causa de muerte, la patria potestad, la tutela, de los hijos desde la concepción. El derecho de familia busca en si las relaciones entre quienes son considerados como tal, sus actos y actividades en el medio interno como externo, como la aplicación de normas jurídicas para regular las relaciones socio-jurídicas.

El tratadista Guillermo Cabanellas de la Torre, establece que: “El espíritu de la familia, es la base de la sociedad civilizada, hace que la vida de ésta sea

---

<sup>10</sup> ZARAGOZA, Vicente del Valle, “Derecho Civil y Mercantil”, Madrid, España, Volumen I, año 1999, pág. 67.

contemplada por el derecho al efecto del cumplimiento de sus fines; de lo que surge, como consecuencia, un derecho de familia, el que se refiere principalmente a su constitución, régimen, organización y extinción. La base de la familia es el matrimonio, cuyo régimen es regulado por la ley”<sup>11</sup>

Es complicado llegar a definir con exactitud esta terminología tan amplia y compleja, pero si lograr un acercamiento a fin de comprender y entender lo que abarca, básicamente se entiende como el conjunto de normas jurídicas, subjetivas y adjetivas, que regula la constitución, respecto al ordenamiento, funcionamiento y disolución de la familia, tanto personal como patrimonial. Se sostiene que es: “El conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura de la vida y la disolución de la familia”<sup>12</sup>. Con otro criterio Bonnecase argumenta en sentido amplio y mantiene que: “Es el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o directo es presidir la organización, de la vida y disolución de la familia”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico Jurídico”, Tomo V, año 2000, Editorial Heliasta. Buenos Aires, pág. 26.

<sup>12</sup> BELLUCIO, Augusto, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, Año 1979, pág. 29.

<sup>13</sup> BONNECASE, Julián, “Derecho de Familia”, Editorial, Tenis, Bogotá-Colombia, Año 1979, pág. 10

#### **4.1.4. DESINTEGRACIÓN FAMILIAR**

La Familia situación actual y perspectiva: dice: “Una desintegración familiar es el producto del quebrantamiento de la unidad familiar y/o la insatisfacción de las necesidades primarias que requieren sus miembros”<sup>14</sup>.

Se le denomina desintegración familiar, a la ausencia parcial, temporal o total de uno de los progenitores El concepto de hogar desunido o desintegración familiar, se aplica a un número grande de situaciones heterogéneas que provocan repercusiones psicológicas principalmente en los hijos.

Actualmente la familia se ha desintegrado debido al cambio estructural de la sociedad. El proceso industrial ha lanzado a cada uno de sus miembros fuera de su seno, en busca de mejores ingresos económicos para poder satisfacer las necesidades que el mismo progreso exige.

En cualquier matrimonio, incluso en aquellos que parecen más serenos y equilibrados, hay momentos difíciles en su convivencia, pequeñas crisis que son normales porque el hombre es un ser que crece y madura constantemente y, con frecuencia, el propio crecimiento individual tiende a provocar unos mecanismos de ajuste a veces realizados sin dejar traumas.

Cuando se hace uso del término familia, se refiere al grupo familiar completo: padres, madres e hijos. Sin embargo, no faltan situaciones a lo largo de la vida en las que, por muy variados motivos, se encuentran ausentes del hogar uno o

---

<sup>14</sup> PITTI Ulises, Principios y valores que norman el Código de Familia, Panamá 2004, Pág. 128

ambos progenitores, a veces esta ausencia se debe a motivos laborales, ingreso en un hospital, etc., pero al término de ésta, la familia vuelve a unirse normalmente, pero otras veces la ausencia es permanente como ocurre en los casos de divorcio o separación definitiva, en caso de muerte de uno o ambos padres.

En la actualidad un alto porcentaje de familias está incompleta o desintegrada, situación que en la mayoría de los casos se inicia en las relaciones matrimoniales por diferentes causas: divorcios, separaciones, madres solteras, por fallecimiento, emigración. etc.

La desintegración familiar es la ruptura de la familia, por ausencia del padre o la madre, en algunos casos de ambos.

Esta ruptura trae graves consecuencias a los hijos puesto que crecen sin la seguridad y el amor que les da el padre creándoles un sentido de desprotección y abandono, al faltar la madre falta la ternura, la generosidad, los cuidados, el amor, ambos roles son fundamentales e irremplazables.

#### **4.1.5. PATRIA POTESTAD**

Una de las figuras jurídicas más importantes dentro del derecho de familia es, sin duda, la que corresponde a la patria potestad.

Planiol señala que “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”<sup>15</sup>.

Otra definición es: “Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se vayan emancipando”<sup>16</sup>.

Rafael de Pina la define como “el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”<sup>17</sup>.

“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Antiguamente esta autoridad competía al padre y no a la madre”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Derecho Civil, Editorial Harla, México, 1997, Pág. 255.

<sup>16</sup> GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario Jurídico, Circulo Latino Austral S.A., Buenos Aires-Argentina, Pág. 417.

<sup>17</sup> DE PINA Rafael y otro, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1991, Pág. 399.

<sup>18</sup> DICCIONARIO RUY DÍAZ DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, Edición 2006, Buenos Aires Argentina, Pág. 718



De esta forma, podemos definir a la patria potestad como la capacidad legal que asiste a ambos padres para velar por la salud, educación, bienestar, moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos.

Para Galindo Garfias la patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)”<sup>19</sup>.

“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados. El poder de fijar y señalar el domicilio de una familia, regir las personas que la integran o conviven en la casa, así como mantener y defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa en una adaptación paternalista de defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa”<sup>20</sup>.

“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad no emancipados se llaman hijos de familia, y los padres con relación a ellos padres de familia”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 689

<sup>20</sup> LARREA OLGUÍN Juan, Manual Elemental de Derecho Civil, Tomo I, 2002, Pág. 379.

<sup>21</sup> CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 48

“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referente al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de sus derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley”<sup>22</sup>. Claro está que el legislador teniendo como referencia el concepto y la forma como se ha tomado la palabra en sus diferentes etapas relacionado a la patria potestad, y teniendo como base el entorno y el núcleo familiar, a través de las diferentes normas trata de proteger e impone la obligación legal a las personas encargadas del cuidado de los hijos, pero descuida la obligación moral, social y ético que estas tienen como personas, dueñas de sus sentimientos, calidad humana y lógica, con la que están obligados actuar, en favor de los hijos, niñas, niños y adolescentes, para alcanzar su formación como personas.

Del Vas González define dicha figura también como “el conjunto de facultades que la ley concede a los padres sobre sus hijos menores o, en determinados casos, incapacitados, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone”<sup>23</sup>.

Determinada la filiación, la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio, a ambos padres. Como consecuencia de esa determinación, se atribuye a los padres el conjunto de los derechos y deberes, que es el contenido de la patria potestad. Otro autor expresa que es “el poder que los ascendientes

---

<sup>22</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 143.

<sup>23</sup> DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección, Pág. 163

ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan”<sup>24</sup>.

De esta forma si bien se garantizan a los padres la libertad educativa y la libertad religiosa en el ejercicio de la autoridad parental, los progenitores no pueden actuar libremente cuando sus acciones impliquen una amenaza al bienestar del niño. Los derechos de los padres extensos y respetables, que van desde la elección del nombre hasta las decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado.

La patria potestad se la concibe también como: “Conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres, otorgado por la ley para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación”<sup>25</sup>.

Finalmente, otro tratadista se refiere que se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, Ediciones Trillas, México, 2002, Pág. 76.

<sup>25</sup> CASADO Laura, Diccionario de Derecho, Vallesta Ediciones, 2011, Buenos Aires- Argentina

la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período”<sup>26</sup>.

De las anteriores definiciones doctrinales observamos que han sido casi unánimes en definir a la patria potestad como la “relación entre padres e hijos, generadora de recíprocos derechos y deberes concebidos siempre en función del amparo de los hijos

#### **4.1.6. DEFINICIÓN DE TENENCIA.**

Al iniciar este segundo capítulo es necesario puntualizar aspectos esenciales como la definición de tenencia.

Etimológicamente: proviene de la palabra griega “tenere” y “Minor” que es una institución jurídica destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, cuando se produce una separación de hecho.

“La desvinculación de hecho o de derecho de los progenitores casados, así como la situación de los padres no unidos legalmente y que tampoco hacen vida en común, plantea el problema de la determinación de a cual de ellos debe ser otorgada la tenencia de los hijos comunes. La cuestión se plantea, pues con referencia a los hijos legítimos, en caso de divorcio, separación de hecho o nulidad de matrimonio, y en cuanto a los ilegítimos o extramatrimoniales, cuando los padres no viven juntos”<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> BAQUEIRO ROJAS Edgard, Derecho de familia y sucesiones, Editorial Harla, México, 1990, Pág. 227.

<sup>27</sup> ENCICLOPEDIA JURÌDICA OMEBA, Editorial Heliasta, Pág. 452.

Es un atributo de la patria potestad, siendo una facultad de que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. Como resultado, el hijo convivirá como uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica

El jurisconsulto Fernando Albán, considera que: “La tenencia constituye un acto de confianza, para que sin perjuicio del ejercicio de la referida patria potestad la ejerzan los padres”<sup>28</sup>

El tratadista Héctor Orbe, en cambio manifiesta que: “La tenencia del menor cuando pertenece a un hogar integrado, corresponde a los padres de familia quienes con su autoridad paterna y materna ejercerán la protección a la vida”<sup>29</sup>

De conformidad al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, indica que: “En la filiación lo constituye no el alumbramiento, aunque sea otra acción de tener, sino la autoridad sobre la prole menor de edad en caso de ruptura conyugal o de resquebrajamiento de la patria potestad”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> ALBAN, Fernando, “Derecho de la Niñez y la Adolescencia”, Quito-Ecuador, II Edición, Editorial Publicaciones de Legislación, 1995, Pág. 133.

<sup>29</sup> ORBE, Héctor, “Derecho de Menores”. Edición de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador, 1995, Pág. 237.

<sup>30</sup> CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993, Pág. 379.

Considero que la tenencia se origina frente a las disposiciones jurídicas establecidas y por resolución del juez competente observando las reglas puntualizadas para el efecto, el mismo que delega a determinada persona la confianza para que cuide y proteja al menor, con el ánimo de que el niño pueda desarrollar y efectuar su convivencia en un ambiente familiar confiable y estable.

Según Vélez Juan, quien dice que: “La tenencia es una facultad de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a uno de los padres, esto no obstaculiza al otro padre de ejercer su patria potestad sobre el menor, ya que el hecho de que su tenencia habitual esté subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento, excluya a su otro padre”<sup>31</sup>.

Quiero emitir un concepto personal en relación a esta figura jurídica de suma importancia en el derecho de familia, la tenencia consiste en el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que tiene que cumplir en forma eficaz, oportuna y responsable el padre que tiene bajo su cuidado la protección y crianza del menor.

Otro concepto de Tenencia “Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> VELÉZ Juan, Patria Potestad, Legislación, doctrina y práctica, Editorial Cevallos, Quito Ecuador, Pág., 47

<sup>32</sup> CHUNGA LA MONJA, Fermín, “Derecho de Menores”, Edición. 2001, Pág. 350

Se considera que la fundamentación de la tenencia de un menor ya sea por el padre o la madre de sus hijos o el tener a sus hijos a su lado, en un mismo domicilio y bajo su cuidado, es el amor de los padres hacia sus hijos. El problema realmente se suscita cuando los padres se separan de hecho o se van del país para conseguir el incremento económico y vivir cómodamente con sus hijos, en este caso los padres pueden ponerse de acuerdo sobre la tenencia de los hijos menores, a quien les puede dejar, el cuidado del menor a su misma familia o amigos.

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

A fin de tener una idea clara, quiero enunciar quienes son sujetos de la patria potestad: **1.** Los hijos menores de edad resultado del matrimonio civil o putativo no emancipados; **2.** Los hijos legítimos por el acto de matrimonio ora por el hecho del reconocimiento voluntario o por la declaración judicial; y, **3.** Quienes hayan procedido a la adopción.

#### **4.1.7. DIFERENCIA ENTRE TENENCIA Y PATRIA POTESTAD.**

La utilización de estos dos términos jurídicos es considerable en las relaciones interpersonales de la familia como en las relaciones jurídicas y judiciales, por lo tanto se vuelve imperativo ubicarnos y establecer diferencias.

La Tenencia, considero que consiste en la decisión judicial en virtud de la cual el juez competente encarga el cuidado y crianza del menor de edad a uno de los padres sin menoscabar el ejercicio conjunto de la patria potestad y sin perder varios derechos y obligaciones que le corresponde al padre que no se le ha confiado su cuidado.

A la patria potestad en tratadista Cabanellas la define como el: “Conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados”<sup>33</sup>

Miguel Fenech, dice que: “Es el conjunto de facultades y deberes que sobre la persona y los bienes de los hijos no emancipados corresponde al padre de familia”<sup>34</sup>.

El Diccionario Enciclopédico Jurídico, al referirse a la patria potestad, manifiesta que: “Es la autoridad que las leyes dan al padre sobre las personas y los bienes de sus hijos legítimos”<sup>35</sup>

La definición en relación a los actos y terminología de la patria potestad ha ido evolucionando con el pasar del tiempo, pero sin cambios que puedan afectar y trastornar los principios elementales de la familia, nuestro Código Civil, define como “El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de

---

<sup>33</sup> CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, 1993, Pág. 297.

<sup>34</sup> FENECH, Miguel, “Enciclopedia Practica del Derecho”, Volumen V, Primera Edición, Pág. 250

<sup>35</sup> GOYENA, Felipe, “Diccionario Enciclopédico Jurídico Omeba”, Tomo XXI, 1987, Madrid-España, Pág. 825



familia; y los padres en relación a ellos, padres de familia”<sup>36</sup>, cuando establece el conjunto de derechos, amplia extensamente estos sin limitaciones, y específica que es sobre los hijos no emancipados, siendo aquellos que no cumplen aún los dieciocho años y que dependen de los padres.

En relación a la emancipación nuestro Código Civil, nos establece varios criterios y reglas en relación a esta figura, resumiendo a mi criterio como sigue: **1.** La emancipación da fin a la patria potestad; **2.** La emancipación puede ser: voluntaria, legal o judicial; **3.** La emancipación voluntaria se efectúa a través de instrumento público en el que el padre y madre declaran emancipar al hijo adulto y este consiente y acepta la emancipación; **4.** La emancipación legal se efectúa en cambio **a).** Por la muerte del padre cuando no existe la madre; **b).** Por el matrimonio del hijo; **c).** Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente; y, **d).** Por cumplir los dieciocho años de edad, y **4.** La emancipación judicial, que se efectúa mediante sentencia del juez, cuando ambos padres incurrir en los siguientes casos: **a).** Cuando maltraten en forma diaria o habitual al hijo, los mismos que causen daño o peligro su vida; **b).** Cuando hayan abandonado a su hijo; **c).** Cuando ejecuten actos de depravación y no estén capaces de ejercer este derecho de la patria potestad; **d).** Cuando se dicten sentencia judicial ejecutoriada, que declare culpables de un delito que se aplique la pena de cuatro años de reclusión u otra igual o de mayor gravedad.

---

<sup>36</sup> CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito-Ecuador, 2005.

Las normas que regulan la patria potestad se encuentran establecidas en las disposiciones legales del Código en referencia del artículo 283 al artículo 307 de la codificación vigente.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Título II, De la Patria Potestad, en su artículo 105, nos da el concepto y varios contenidos de este término y dice: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referente al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”, de esto se desprende que los padres no solamente tienen derechos sobre los hijos no emancipados, sino que lo lógico es que antes de estos derechos tienen que cumplir con varias obligaciones como padres para perfeccionar la protección de la familia y por ende la de sus hijos, y tiene que velar desde la concepción, luego en su nacimiento y desarrollo en lo relativo a la asistencia médica, alimenticia, educativa, vivienda, vestimenta, y otras para su bienestar, efectuando estas en un ambiente familiar organizado para que no perjudique los intereses del menor no emancipado.

Con estos antecedentes quiero llegar a establecer las principales diferencias que existen entre estas dos grandes figuras jurídicas:

1. La tenencia consiste en el encargo que realiza el juez competente a uno de sus padres o familiares para el cuidado o crianza del niño, niña o adolescente, es decir el menor de edad. En cambio la patria potestad comprenden los derechos y obligaciones de los padres en relación con la representación legal del menor no emancipado y la administración y usufructo de sus bienes, la misma

que será ejercida siempre en beneficio de los hijos; ya sea por motivos de separación, divorcio o ausentismo de uno de los progenitores. Con la característica que la patria potestad no puede ser entregada a uno sólo de sus progenitores, sino que es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los menores y el usufructo de los bienes de los hijos menores de edad no emancipados, debiendo atenerse siempre a las disposiciones legales. Excepto cuando uno de los dos sea limitado, suspendido o privado, no pudiendo ejercerla.

**2.** La tenencia de los menores de edad corresponde a los padres, cuando este es un hogar constituido y organizado, de lo contrario bajo mutuo acuerdo o resolución judicial, se tiene que encargar el cuidado y crianza a uno de los padres, prevaleciendo siempre el interés superior del menor. En cambio todo lo contrario ocurre con la patria potestad, donde los dos es decir marido y mujer ejercen la patria potestad sobre el menor que se encuentren legalmente organizados ya sea mediante matrimonio o unión de hecho.

**3.** La patria potestad, es la representación legal que ejercen los padres en relación a los hijos menores de edad no emancipados, esto independientemente de quien tenga la tenencia

**4.** El hecho que el padre que no tenga la tenencia del menor, no le priva de los derechos y obligaciones que tiene que cumplir en su calidad de progenitor.

**5.** En la patria potestad, el hecho del fallecimiento de uno de los cónyuges, ya sea el hombre o la mujer, quien ejerce la patria potestad es el conyugue

sobreviviente. La tenencia de igual manera se trasfiere, la responsabilidad del cuidado y crianza le corresponde a quien por su naturaleza sobrevive.

6. En la patria potestad quienes la ejercen están facultados para la administración y usufructo de los bienes del menor, siempre que se adopten medidas que no afecten a los intereses del menor. En cambio quien ejerce la tenencia del menor, no puede tomar dichas decisiones en forma unipersonal.

7. En caso de ausencia y resolución judicial la tenencia se la puede transmitir a otra u otras personas. Este hecho no extingue la obligación de los padres en relación a la patria potestad.

#### **4.1.8. LA CUSTODIA COMPARTIDA**

La custodia compartida puede definirse, según Ortuño Muñoz como: "...aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro

Definición que comprende todos los elementos necesarios para establecer el régimen de custodia compartida mediante el acuerdo al que puedan llegar los progenitores, tomando en cuenta como requisito sine quantum la existencia de

una relación amistosa entre ellos para que dicha modalidad tenga éxito”<sup>37</sup> No obstante, consideramos que la decisión no tiene que circunscribirse únicamente a la voluntad de ambos padres, sino que el ámbito de aplicación debe contemplar también supuestos en los que la Autoridad Judicial resuelva la implementación de dicha figura jurídica en una situación de crisis familiar, a quien además corresponde solucionar los casos de controversia que se susciten producto del ejercicio de la custodia compartida.

Esta figura jurídica implica que la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos sea ejercida en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, sin que existan transformaciones sustanciales. Es decir, los padres mantienen sus obligaciones con sus descendientes de forma activa compartiendo derechos y deberes.

De igual manera, permite coadyuvar y conciliar la vida personal y laboral de ambos progenitores.

Es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio ambos progenitores ejercen la custodia compartida de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos. Este tipo de custodia

---

<sup>37</sup> CABALLERO GEA, J. A., Matrimonio, Acogimiento y adopción. Violencia de Género, pensión impagada, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, Pág. 176

la establece, en su caso, el juez en la sentencia que dicte las medidas aplicables a la separación o divorcio.

Por otro lado se contraponen a la figura de la custodia monoparental, que es la usual en países de raigambre latino. En caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos. En algunos casos esta solución del conflicto post conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Pero hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental en el menor y el dolor de éste por no contar con uno de sus progenitores. Es por ello que surge la opción supuestamente superadora de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas, aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando.

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO**

### **4.2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.**

El problema del origen, no se lo ha podido precisar hasta la presente fecha. Las teorías formuladas no han dejado de ser sino hipótesis extraídas en base al estudio de organizaciones sociales contemporáneas que han permanecido en estado primitivo.

Dentro de algunas teorías, una muy destacada es la matriarcal y la patriarcal. La teoría matriarcal afirma que el origen de la familia se encuentra en la promiscuidad sexual, como consecuencia de la evolución que parte de épocas primitivas y que la madre tenía el exclusivo poder de dominio en el hogar. De conformidad con esta teoría, Augusto César Bellucio, sostiene y se posiciona de un argumento que la madre era el centro y el origen de la familia, y el parentesco se consideraba únicamente por línea materna, iniciando un parentesco uterino. La teoría patriarcal, en cambio niega la promiscuidad primitiva y sostiene que desde los tiempos más remotos el padre fue el centro de la organización familiar.

Henry Sumner Maine, sostiene que: “El origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad”<sup>38</sup>. Esta teoría sostiene que la familia se constituyó originariamente en torno a la figura del padre y luego por la unión de otras familias emparentadas por la línea paterna consanguíneamente, constituyendo lo que se denomina la gran familia o clan. El clan, fue una segunda agrupación

---

<sup>38</sup> SUMNER, Maine, Henry, Citado por Augusto César Bellucio, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediciones Desalma, Buenos Aires-Argentina, Año 1974, Pág. 20.

social, política y económica o un grupo de familias unidas bajo la autoridad de un jefe común, que era el padre o sea el más viejo. La gran familia en forma legalmente organizada se origina con la aparición del Estado. Al tipo clásico de la gran familia la encontramos en el pater-familias de origen romano y primitivo, quien en su calidad de autoridad, magistrado y sacerdote, tenía poderes de dominio sobre los bienes, los integrantes del grupo, su esposa, clientes y esclavos. La última etapa de evolución de la familia romana, queda sujeta y reducida a la pequeña familia o sea, al núcleo paterno-filial.

De acuerdo a estas teorías, las primeras colectividades humanas serían la familia y los grupos de familia regidos por el pater-familia, para luego aparecer el matriarcado como consecuencia de la injerencia y de la función maternal en el matrimonio, para respetar una situación respetable después de casada.

#### **4.2.2. FUNCIONES DE LA FAMILIA.**

Las funciones que tiene que cumplir la familia son múltiples, ya que con éstas permite alcanzar logros y objetivos para el bienestar interno o superación de obstáculos que puedan presentarse, entre algunas de las funciones, tenemos la biológica, educativa, asistencial, recreativa, social y económica:

**a. Función Biológica.** Esta se manifiesta a través de la perpetuación de la especie humana, pero no sólo en el sentido multiplicador material de los individuos, sino más bien como fruto del amor, buscando la organización y supervivencia de sus progenitores. Esta institución biológica, se manifiesta por que la asistencia familiar es fundamental e imprescindible para el recién nacido, el mismo que no puede valerse por sí mismo o por sus propios medios, sino que



es dependiente de la madre al recibir su nutrición, es importante dentro de esta etapa que se genera con el embarazo, el cuidado periódico de un médico especialista para proteger la vida intrauterina del ser que esta por nacer.

**b. Función Educativa.** La función educativa de los hijos y de las personas que conforman la familia, es una de las funciones de mayor trascendencia, la criatura recién nacida requiere de un largo período de formación, dentro del campo moral, intelectual y psicológico. Esta función es compleja por cuanto los padres están obligados a educar a sus hijos y delegar esta función educativa y de formación a instituciones públicas o privadas.

**c. Función Asistencial.** La persona requiere para su subsistencia de asistencia cuando ésta requiera, que es deber y obligación de la familia y del Estado Ecuatoriano a cumplir con estas obligaciones, por cuanto hay cierta asistencia que no puede otorgarse en el hogar, y en este caso está llamado el Estado a intervenir, como por ejemplo en el caso de la asistencia médica, educativa, vivienda, recreativa.

**d. Función Recreativa.** Esta función es indispensable tanto para el recreo y esparcimiento como para la vida integral de la familia, procurando el Estado otorgar los medios para llenar este requerimiento como son espacios físicos, parques, lugares históricos, centros de diversión, canchas deportivas, y en fin lugares turísticos para el esparcimiento, integración y recreación familiar.

**e. Función Social.** Es obligación primordial de los padres la educación y orientación como asimismo provocar condiciones favorables para que sus integrantes desarrollen sus actividades dentro de cierto grupo social o comunitario con muestras de libertad, afecto, solidaridad, dejando su huella personal con aportes que permitan fortalecer o superar ciertas problemáticas.

**f. Función Económica.** Es una de las de mayor trascendencia, ya que los padres tienen que atender ciertas necesidades económicas de grupo y las de cada uno de sus miembros. Todo ser necesita de bienes para subsistir e invertir para su subsistencia, como es: alimentación, vestuario, asistencia médica, lugar donde vivir, medios de transporte, educación mediante la concurrencia a establecimientos, lo que exige de cuantiosos recursos económicos. En este aspecto se ha originado un problema actual social laboral, ya que algunas familias de escasos recursos han obligado en unos casos y en otros han permitido que los niños a su tierna edad se conviertan en instrumentos de trabajo remunerativo. Esta función generadora de responsabilidades entre los cónyuges entre sí, y hacia sus hijos, ha originado un elevado índice de divorcios, migración y desintegración familiar.

#### **4.2.3. ORIGEN E HISTORIA DE LA PATRIA POTESTAD**

El concepto de patria potestad ha ido evolucionando con el recurrir de tiempo. Cabe hacer mención que aunque sea brevemente, el proceso histórico de la historia de la patria potestad y la participación paulatina de la mujer, a efecto de que nos permita tener una visión completa y entender su contenido actual, así como las perspectivas futuras.

"Para muchos sociólogos es un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo período de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de familia. Una de las Notas esenciales de la organización uterina sería, según Sydney-Hartlane, la de que la autoridad sobre los hijos pertenecientes a la madre aunque raramente sería ejercitada por ella, En apoyo de esa tesis acerca de la filiación uterina se aduce testimonio de Herodoto, Diódoro de Sicilia y Nicolás Damasceno, creyéndose ver confirmada aquella entre los licios, los egipcios, los griegos, y los antiguos germanos, así como evidencia aún hoy entre algunos pueblos como los naires que no conocen al padre y pertenecen a la madre, cuya posición ante la tribu es fijada por la sangre de la madre y otros de cultura primitiva"<sup>39</sup>.

En el Derecho Hebreo la patria potestad se ejercita predominantemente por el padre con sacrificio de la personalidad de la mujer. En el Talmud, se establece como una recapitulación de los deberos de los padres para con los hijos y para consigo mismo, y se dice, "todos los deberos que son necesarios cumplir para con un hijo incumben al padre y no a la madre"<sup>40</sup>.

En el Derecho Romano se la consideraba a la patria potestad como el conjunto de poderes que el paterfamilias ejerció sobre las personas libres que constituían la comunidad familiar, es decir la Autoridad soberana del Jefe, se denominaba en Roma patria potestad. Ya la palabra manus había expresado

---

<sup>39</sup> CASTÁN VÁZQUEZ José María, La Patria Potestad, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, Pág. 72

<sup>40</sup> PUIG PEÑA Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo 11, Volumen Primero, Madrid 1971, Pág. 200

este poder sobre el conjunto de la familia, hasta que se reservo para designar la potestad sobre la mujer casada, quedando la palabra patria potestas, como término que significaba la autoridad del pater sobre sus descendientes y sobre los extraños que admitiera en la domus, o en la familia ya sea por adopción, por adrogación o por legitimación y que se encontraban bajo su potestad.

La patria potestad, institución propia del derecho natural, fue regulada en Roma por el iuscivile (o derecho civil), que le imprimió caracteres peculiares que de esta forma se distinguieron de otros pueblos del mundo antiguo. Como instituto iuscivile (o derecho civil) de carácter viril, la patria potestad solo era accesible a los ciudadanos romanos de sexo masculino. Las personas sometidas a esta potestad debían tener así mismo la calidad de civisromani, (ciudadano romano). El derecho romano reconoció diversos modos de adquisición de la patria potestad o lo que es igual, de entrar a formar parte de la familia agnaticia del titular de la potestad. El nacimiento era la forma natural de adquirir y crear la patria potestad y así quedaban en estado de sumisión respecto al pater, sus hijos procreados ex iustisnuptis(o fuera del matrimonio) y los hijos legítimos de sus descendientes varones que estuvieron bajo su poder familiar.

También la legislación romana ante los numerosos casos de matrimonios contraídos sin que alguno o ambos cónyuges tuvieran la suficiente aptitud legal, admitió que el padre pudiera admitir la potestad sobre los hijos nacidos de tales uniones, cuando probaba la existencia del matrimonio y el nacimiento del hijo. También llegó a reconocerse igualmente que el padre pudiera adquirir el poder paterno sobre los hijos nacidos de tales uniones, por medio de causas probadas (o la existencia del matrimonio) y el nacimiento del hijo.

“Llegó a reconocerse igualmente que, pudiera adquirirse el poder paterno sobre los hijos nacidos de concubinato por medio de una forma civil, llamada legitimación, que introdujeron los emperadores cristianos para favorecer las legítimas nupcias. Por fin la patria potestad, podía tener por fuerte dos actos jurídicos por cuyo conducto el Pater recibía en su familia a personas extrañas a ella: La adopción, cuando el adoptado era *alieni iuris* (o dependía del derecho ajeno), la adrogación si se trataba de la adopción de un *sui iuris* (o propio derecho). El modo normal de entrar a la familia y someterse a la potestad del Jefe de ella, fue el nacimiento o procreación *ex iustis nuptiis*, (o fuera del matrimonio legítimo), por un individuo varón, ya fuera *pater* (padre), *filius* (o hijo). Los descendientes por línea femenina no eran miembros de la familia romana, ya que pertenecían a la familia de su respectivo padre. El hijo concebido fuera del matrimonio era designado con el nombre de *iustus*”<sup>41</sup>.

Se consideraba de esa manera, al que nacía después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de su disolución. Se admitía no obstante que el marido reconociera al hijo nacido antes del plazo legal y que desconociera la paternidad del niño o niña nacida después, invocando ausencia enfermedad u otra causa debidamente justificada. En ningún caso la legislación romana tenía por *iustus* (o nacidos del matrimonio) al hijo cuyo nacimiento fuere posterior a los trescientos días de la disolución de las nupcias. En el Derecho Clásico se llamaba a los hijos nacidos de matrimonio *filius naturalis* (hijos naturales) para diferenciar de los hijos adoptivos. Los nacidos de legítimas nupcias eran designados con el nombre de *espurios*. Con

---

<sup>41</sup>PUCHAICELA ORDÓÑEZ Olivo, Derecho Romano I, Segunda Edición, 1997, Pág. 130

el derecho Justiniano se usaron tres denominaciones para los hijos: legitimi (o legitimo) que se aplicaba a los iusti, es decir a los hijos nacidos de matrimonio. Para los habidos de concubinato y libernaturales (o hijo natural) y para los que nacían de uniones no estables espuri (o hijos espueos).

Estos dos últimos sin padre legal, nacían en derechos propios (sui iuris), es decir no tenían otros parientes que los cognados de su madre. El paterfamilias, que estaba asistido por el derecho de integrar a su familia en la forma que le placiera, podía hacer ingresar a ella a los hijos nacidos fuera del matrimonio, es decir a los spuri o vulgo concepti . El derecho romano permitió en caso de matrimonio no valido por falta de concubium, obtener la patria potestad sobre los hijos ya nacidos, transformando la unión iustaenuptiae (o matrimonio legítimo). Tal fue el caso del ciudadano romano que probaba haberse desposado por error una mujer latina o una mujer peregrina, y el del latino Justiniano que, habiéndose casado con una romana o una mujer latina, ante siete testigos, tenía un hijo de un año de edad causaeprobatio (causa de prueba) De esta forma probaba la existencia del matrimonio y el nacimiento de hijo se hacían ciudadanos, quienes no poseían tal calidad. Por tanto la potestad era alcanzar esa calidad, por intermedio del padre y sin efecto retroactivo. Los hijos habidos de concubinato, llamados liberinaturales, seguían la condición de la madre, en virtud del hecho cierto de la maternidad. Para favorecer al matrimonio legítimo por influencia de ideas cristianas, el derecho posclásico introdujo la legitimación como el medio por el cual el hijo natural alcanzaba el carácter, de legítimo quedando sometido a la patria potestad en calidad de alieni iuris (o dependía del derecho ajeno).

Para que la legitimación fuera válida era necesario la presencia de determinados requisitos. Primeramente que el hijo fuera procreado por padres unidos en concubinato ósea, aquella relación permanente distinta del matrimonio que se daba cuando un ciudadano se unía a una mujer de condición inferior y que el derecho romano reguló, especialmente en lo concerniente a las relaciones entre los progenitores y sus hijos. No había legitimación, si los hijos eran adulterinos (o del adulterio), fruto de uniones en que los padres o alguno de ellos estaba ya casado, o incestuosos, nacidos de parientes en grado prohibido o espurios, que eran todos los demás ilegítimos. Se exigía también el consentimiento del hijo, dado que la legitimación, iba a hacerle perder su calidad de *sui iuris*, (o de su propio derecho).

En Roma todas las personas tenían necesariamente una de estas dos contrarias condiciones: *sui iuris* o *alieni iuris*, según que estuvieran o no sometidas a potestad ajena. El hijo sometido a la patria potestad era, pues, una persona *alieni iuris*.

La patria potestad era en Roma, como en todas las legislaciones lo ha sido, el conjunto de derechos que corresponde al padre de familia sobre sus hijos.

Pero para que este conjunto de derechos fuera reconocido por la legislación positiva, no bastaba la condición de padre e hijo en que uno y otro encontráranse, sino que era necesario que esa condición proviniera o de justas nupcias, de legitimación, o de adopción.

Eran éstas las tres únicas fuentes de donde emanaba la patria potestad.

Como en la antigua legislación romana no existían relaciones patrimoniales entre el padre y el hijo de familia, por incapacidad de éste para ser propietario de cualquier patrimonio; y como a la larga y progresivamente se llegó al reconocimiento de tal derecho.

En los primeros tiempos el padre tenía el derecho de vida y muerte sobre la persona de sus hijos, pudiendo abandonarlos, venderlos como esclavos en el extranjero, o hacerlos caer in mancipio, vendiéndolos dentro de éste.

Entre los pueblos antiguos, la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico, incluso en Grecia y Roma, nacido de la especial configuración política y religiosa de aquella época, pues había que tomar en cuenta que "desde el punto de vista política al no existir el Estado con las características y finalidades que más tarde aparecen, cada familia constituye un estado propio y lógicamente, el jefe de este grupo debía asumir en su persona los atributos fundamentales del poder, De esta asunción por el jefe del grupo de todas las cualidades inherentes a la potestad social se derivan las consecuencias siguientes"

a) "La patria potestad está integrada por un conjunto de derechos y facultades atribuidos a la misma persona del jefe sin ninguna limitación ni cortapisa."

b) "Por sus condiciones de jefe de estado familiar, sólo se concebía la patria potestad en el padre, no admitiéndose la patria potestad en la madre; mucho menos una situación conjunta de poder."



c)"Como la relación entre jefe y súbdito es siempre constante, la patria potestad es un principio vitalicia, sólo desapareciendo por la muerte o por un acto de gracia del jefe de familia."

d)"La concentración del poder en el jefe supone también la concentración de los ingresos, por lo que todo lo que los hijos adquirirían pasaba a formar parte del patrimonio del padre, e incluso ellos mismos siendo fuente de recurso por su trabajo, estaban en completa potestad de disposición, pudiendo venderlos en caso de necesidad,"

Recordemos como la familia romana estaba organizada en una agrupación monogámica patriarcal. Todos los parientes agnados constituían una familia que tenía bases a la vez religiosas y económicas. El jefe de familia era el sacerdote, el juez, el legislador y reunía un conjunto de poderes absolutos.

Pero posteriormente, al fin y a la postre desapareció de la patria potestad el derecho de vida y muerte sobre el hijo y aun el de castigarlo con crueldad.

Y para que este precepto se cumpliera, se establecieron bajo Constantino penas severísimas para castigar los abusos del padre de familia en el ejercicio de los derechos que el podía tener sobre sus hijos.

Con todo aún subsistieron muchos de los principios antinaturales de las antiguas leyes, principios que, en muy lejanos tiempos, se redujeron a un mínimo o desaparecieron totalmente o desaparecieron totalmente: tal la venta real del hijo, la cual fue permitida hasta en la misma época de Constantino reduciéndola eso

si, al caso de extremada miseria del padre y con la condición de que la venta se verificara recién nacido el hijo.

Es claro que el padre en el principio no tenía para con el hijo deber alguno que cumplir, y que por consiguiente; este carecía de todo derecho con respecto al padre.

Las sucesivas limitaciones que se fueron imponiendo a la paterna potestad, vinieron a constituir naturalmente las obligaciones del padre para con el hijo, y los derechos de este con respecto a aquel.

Esta evolución de las relaciones jurídicas entre el padre y el hijo de familia consideradas en cuanto a las personas. En cuanto a los bienes, el hijo carecía de todo patrimonio, no tenía derecho a la propiedad, ni derecho de propiedad, y por tanto dichas relaciones no podían existir.

El hijo podía adquirir, es cierto pero sus adquisiciones aprovechaban al padre, pasaban a formar parte del patrimonio familiar del cual el pater familias era el dueño absoluto.

Esta negación de todo derecho patrimonial al hijo, era profundamente injusta e intolerable para un pueblo como el romano, que tuvo tan en alto el sentimiento de lo justo y lo bueno, sentimiento que constituye una de las características de aquel pueblo de letrados jurisconsultos y filósofos.

He aquí el origen de la herencia, de la teoría de la desheredación y de la teoría de las legítimas.

En la época clásica, por último con el establecimiento de los peculios se derogaron los principios de la ley antigua referentes al derecho a la propiedad que se negaba al hijo de familia.

En el antiguo derecho, si el padre daba a su hijo determinado o determinados bienes, este no tenía sobre ellos sino un mero derecho de administración, tal vez hasta un derecho de goce, restringidísimo, pero nunca un derecho de propiedad.

En el Derecho Germánico, el padre tiene la "munt" sobre el hijo que significa un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo. La potestad del padre no es vitalicia, como en el Derecho Romano, si no que termina cuando el hijo ya crecido comience una vida económica dependiente.

"El Derecho Alemán, conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste haciéndose valer después de la muerte del mismo"<sup>42</sup>.

"El Derecho común no mantuvo la naturaleza del principio vitalicio de la patria potestad, sino que, bajo el nombre de emancipatio juris germanici, el hijo sale de la patria potestad cuando comienza una economía independiente, la hija también cuando se casa, por el contrario en el derecho común no se habla en modo alguno de patria potestad en la mujer una vez, una vez muerto el padre se había

---

<sup>42</sup> Theodor Kiip y Martín Wolf Derecho de Familia. Volumen 11. Bosh casa editora, Barcelona. 1979. Pág.45

de constituir la tutela sobre el hijo, la madre tenía, sin embargo, un derecho a ser nombrada tutora:

En España influye la legislación germánica respecto de la organización de la patria potestad, y en las Partidas, no obstante que derivan del derecho Romano, ya la patria potestad se ejerce con suavidad y con piedad paterna.

De la evolución resulta evidente que es anacrónico el término de patria potestad, porque actualmente ya no hay tal potestad, es decir no hay un poder sobre la persona o sobre la cosa, si no un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de los padres y que se ejercen en beneficio de los hijos. Mas que es una potestad o un poder, se trata de un servicio, del ejercicio de la autoridad de la que se excluye toda idea de autoritarismo.

En relación a la patria potestad de los hijos naturales, el Derecho de los pueblos antiguos, no atribuía la patria potestad al padre al padre natural, "Ello obedecía, según Fustel de Coulanges, al carácter religioso de autoridad, paterna; teniendo esta por principio el culto domestico; el hijo nacido de concubinato no podía colocarse bajo la autoridad del padre, entre el padre y el no existís comunidad religiosa, nada, pues, confería al primero la autoridad que obligaba al segundo a la obediencia; pero si sola la paternidad no daba ningún derecho al padre"<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> CASTÁN VÁZQUEZ José María, La Patria Potestad, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1960, Pág. 127

El paterfamilias tiene algunos derechos sobre la persona de sus hijos y de los cuales la principal es la de castigar y matar al hijo, así como emanciparlo, no difiriendo en este punto de vista de la dominica potestad. El paterfamilias se le llama a aquel que tiene su señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo. Y que tiene y puede tener a otras personas bajo su potestad.

Posteriormente es abolida todas las atribuciones y potestad que tenía el padre sobre la familia, solo queda un mero recuerdo, llegaba el momento en que el principio moral de la patria potestad debía consistir en la piedad, no en la autoridad ha alcanzado en el derecho romano un rango jurídico. Al señalar los rasgos característicos de la familia romana hemos adelantado que la patria potestad generaba obligaciones a la par que las relaciones del orden personal, otras de carácter patrimonial, que interesa analizar dadas las peculiares, expectativas que presentaba el derecho romano. La familia en razón del carácter absoluto de la potestad del pater, el hijo estuvo por mucho tiempo, en cuanto a sus bienes, en situación muy semejante a la del esclavo. Así de conformidad con los principios del ius civile (o derecho civil) solo podía ser titular de derechos patrimoniales el paterfamilias porque como expresa Gayo, el que estaba bajo la potestad de otro no podía tener nada suyo, esta falta de patrimonio propio, no le impedía. Al (hijo) filius realizar negocios jurídicos por medio de los cuales el pateradquiría derechos reales o crediticios del cual resultaba igual que el esclavo, un instrumento de adquisición del jefe de familia”.

En esta época contrariamente cuando el hijo, se hacía deudor en virtud de la celebración de negocios jurídicos de carácter patrimonial el deber de prestación

no recaía sobre el padre, sino que incumbía exclusivamente al hijo, que era el sujeto civilmente obligado. En este supuesto, los derechos de los acreedores al cobrar sus créditos, podían tornarse ilusorios (nulo) o algo similar ante la falta de bienes propios del hijo de familia. Estos principios jurídicos consagrados por el *ius civile* (o derecho civil) fueron necesariamente modificados a fin de no anteponerse a la equidad que en esa época se exigía, como el jefe de familia se beneficiaba con las adquisiciones realizadas por las personas sometidas a su potestad, responsabilizándose de las deudas contraídas. A tal efecto se amplió el campo de tensiones permitiendo que los acreedores las ejercieran contra el pater cuando se trataba de obligaciones nacidas de contratos celebrados por los *filii familias*, en los mismos casos y en iguales condiciones que las deudas generadas por actos lícitos efectuadas por los esclavos.

En esta época el régimen de los bienes de la patria potestad, también experimenta una profunda transformación, cuando el derecho romano va progresivamente reconociendo al hijo de familia la titularidad de los derechos patrimoniales. A tal situación se llega al afirmarse en Roma la idea de que el *filii* podía ser titular de ciertos bienes que constituían el *peculio* y sobre los cuales sus poderes variaron según las épocas y las distintas clases de *peculio* que fue admitiendo la legislación romana.

Por principio la patria potestad romana, tenía carácter perpetuo y por ello la mayoría de edad el hijo, no le ponía fin pero, hubo acontecimientos fortuitos que hacían imposible su ejercicio, tal fue la muerte del pater, por causa natural, la *capitis diminutio* máxima, que lo convertía en esclavo, a la medida que le hacía perder la ciudadanía, ya que la patria potestad solo era ejercitable por los

ciudadanos romanos. Muy claro esta que cuando el padre caía en esclavitud era de aplicación el *iuspostimnium*, que la restablecía como si jamás hubiera cesado. A estas causas de extinción de la potestad paterna se agregaban otras de antiguo origen, como la elevación al hijo varón a clérigo y a la mujer a doncella.

En el Derecho Francés, la patria potestad desde la Ley de 23 de Marzo de 1928, impone sanción a la madre que se niega a entregar a su marido los hijos, desconociendo un mandamiento de *referee*.

Frente a esta institución jurídica absorbente, totalitaria y absoluta, del pater familias en el derecho romano. Nuestro Código Civil, define a la patria potestad como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad no emancipados, se llaman hijos de familia y los padres con relación a ellos, padres de familia. Nótese que sufre un cambio conceptual drástico porque solo ejerce potestad doméstica sobre los hijos no emancipados y es relativo al conjunto de derechos sobre los mismos.

#### **4.2.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TENENCIA O CUSTODIA COMPARTIDA**

La tenencia o custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

La tenencia o custodia compartida encuentra sus orígenes en las primeras reformas legales que comenzaron a otorgar a la mujer un cierto grado de participación en la patria potestad de los hijos, iniciándose así un lento y largo proceso dirigido a situar a ambas figuras parentales en un plano de igualdad en todas las esferas relacionadas con el cuidado y crianza de los hijos. De este modo, podríamos señalar que esta institución comienza a gestarse en el Derecho anglosajón en el año 1925, fecha en que se promulga en Inglaterra el primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente había ejercido el progenitor varón a través de una potestad suprema, exclusiva y excluyente. Este instrumento consagró, además, que en los casos de guarda y custodia los Tribunales debían velar por el bienestar de los menores como consideración suprema, principio que fue introducido en la legislación de todos los estados australianos durante los diez años subsiguientes

En un primer momento la obtención de la misma se erigió como una forma de premiar al progenitor que no era culpable en el proceso de nulidad o separación. Posteriormente, cuando se eliminó la causa en los procesos de separación matrimonial y no había progenitor culpable y progenitor inocente, fue la jurisprudencia la que aplicando la premisa de lo más conveniente para los hijos otorgaba la guarda y custodia al progenitor más cumplidor con los principios paterno filiales, generalmente la madre, sobre todo en hijos menores de siete años, tal y como lo demuestran todas las estadísticas publicadas.

La custodia de los hijos está íntimamente ligada con uno de los temas que más litigiosidad acarrea dentro de los pleitos de Familia, esto es, la cuantificación de la pensión de alimentos que deberá abonar el progenitor no custodio. La



aclaración a la gran disparidad de criterios jurisprudenciales sobre la determinación de la pensión alimenticia de los hijos ha sido una demanda reiterada en todos los foros y encuentros en materia del derecho de Familia. La cantidad que debe abonar el progenitor no custodio para contribuir al mantenimiento de los hijos ha sido una cuestión siempre sujeta al criterio del juez que debía resolver la controversia. Y ello sin que éste pudiera guiarse por criterio objetivo alguno distinto de los ingresos que percibían ambos progenitores.

La tenencia es regulada y determinada por la autoridad judicial competente en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones del orbe mundial.

La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y que: "Comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad".

#### **4.2.5. LA TENENCIA O CUSTODIA COMPARTIDA DE UN NIÑO/A O ADOLESCENTE**

Cuando una pareja con hijos se separa, los niños pasan a vivir con uno de los progenitores, la Ley establece que cuando los hijos tienen menos de cinco años quedarán con la madre, si son mayores de esa edad, la madre y el padre podrán ponerse de acuerdo para que vivan con uno de ellos, pueden convenir también que convivan con la madre o el padre equitativamente; si las partes no llegaren a un común acuerdo, el Juez decidirá sobre la tenencia de los hijos

La Ley establece también que el progenitor que no vive con sus hijos los puede ver y comunicarse, así suelen encontrarse una o varias veces por semana, algún fin de semana entero, hablarse por teléfono, enviarse mensajes por correo electrónico, ir el padre a los actos escolares, etc.; también debe participar en las decisiones importantes en la vida de los niños y niñas como su salud, educación, viajes, etc.

Esta participación requiere un diálogo con el progenitor con quien viven los niños, esto se denomina régimen de visitas.

En la legislación se ordena quien se debe hacer cargo de los gastos de los hijos, en este aspecto les incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimentos a sus hijos menores y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos o familiares; se debe fijar una cuota en dinero que debe abonar el progenitor que no vive con los menores y adolescentes, para lo cual se considerará su situación económica y las necesidades de los menores y adolescentes. Este no cubre todos los gastos de los hijos, ya que la otra parte, la cubre el progenitor con quien conviven, alimentos y dura hasta que cada hijo cumpla los 21 años de edad como una formalidad

¿Qué ocurre cuando se impide o dificulta que los niños se vean con el progenitor que no vive con ellos? En este caso se está perturbando un derecho del progenitor no conviviente y el de los niños, porque las visitas son en beneficio de ambos, si se recurre a la justicia, el Juez puede ordenar que las visitas sean respetadas por el progenitor que vive con los niños y aún puede multarlo si persiste en esta actitud.

Si no da resultado se le puede llegar a quitar la tenencia y dársela al otro progenitor y ser sancionado por obstruir las visitas

Cuando el progenitor no conviviente no paga los alimentos para sus hijos, es un atentado contra la vida de los menores y adolescentes, la Ley concede la ejecución juicio “reclaman alimentos”, establece que es un delito, cuando se trata de hijos menores de 18 años.

Como se aprecia, la Ley es muy severa ante estos incumplimientos, pero la aplicación de estas duras sanciones no resuelve los incumplimientos en el pago de alimentos y en las visitas. Sancionan al que no paga u obstaculiza los encuentros, pero con ello los alimentos no llegan a los hijos y los progenitores no convivientes y sus hijos no logran verse.

Es habitual que cuando no se pagan alimentos o están perturbadas las visitas, el diálogo entre el padre y la madre está cortado o es francamente hostil y violento. Con frecuencia ninguno de los dos tiene un espacio para reflexionar sobre el mejor modo de modificar la situación.

#### **4.2.6. FUNDAMENTOS EN FAVOR DE LA TENENCIA O CUSTODIA COMPARTIDA.**

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que, en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos. Según algunos especialistas, en las guardas y custodias donde no existe custodia compartida, el desarrollo del menor es notablemente menor, y los

conflictos emocionales se desarrollan en él por el resto de su vida. Algunos consideran que existe un derecho natural, que en algunos países llega a ser también constitucional, que defiende que los padres e hijos deben vivir estrechamente relacionados. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos humanos como LA ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño. Sólo algunos estados europeos, como España e Italia, no apelan a la custodia compartida obligatoria, lo que genera graves problemas de relaciones entre los padres y generalizándose el síndrome de alienación parental. Esta dramática situación de desprotección a los niños da el poder total a la madre o al padre, que en algunos casos obtiene así la protección de la ley y que, en otras, usa este recurso para manipular a su ex pareja y producir daños emocionales en el niño, en la familia paterna o materna y, por extensión, en la propia madre y en la familia materna, o viceversa.

### **4.3. MARCO JURÍDICO**

#### **4.3.1. LA PATRIA POTESTAD EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

“Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño. Por ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos”<sup>44</sup>.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño establece:

#### **“Artículo 9 – El derecho a vivir con tus padres**

1. Tienes derecho a vivir con tus padres, excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar (si eres víctima de abusos o descuidos, etc.)
2. Si tus padres se separan, tienes derecho a opinar respecto de las decisiones que tengan que ver contigo en el momento de la separación.
3. Si eres separado de tus padres, tienes derecho a verlos regularmente, excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar.

---

<sup>44</sup> CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Pág. <http://www.humanium.org>

4. Tienes derecho a saber dónde están tus padres (si están en prisión, por ejemplo), excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar”<sup>45</sup>.

En el Artículo 18 establece las obligaciones de los padres

### **“Artículo 18 –Las obligaciones de tus padres**

1. Tus padres deben criarte y garantizarte un desarrollo adecuado.
2. El estado debe ayudar a tus padres en esta tarea, creando instituciones y servicios cuyo trabajo sea cuidar de tu bienestar.
3. Si tanto tu padre como tu madre trabajan, el estado debe ayudarlos a asumir esta responsabilidad”<sup>46</sup>.

Y también dispone acerca de la protección que debe tener el niño aunque no tenga familia

### **“Artículo 20 – El derecho a ser protegido aunque no tengas familia**

1. Si no tienes familia, el estado debe protegerte y cuidarte.
2. Debe garantizar que haya gente que te cuide y que no estés solo.

---

<sup>45</sup> CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Pág.  
<http://www.humanium.org>

<sup>46</sup> CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Pág.  
<http://www.humanium.org>

3. Aquellos que te protejan deben tomar en consideración tu pasado y tu cultura”<sup>47</sup>.

#### **4.3.2. LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA**

Los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana. La Constitución vigente, aprobada mediante referéndum del 28 de septiembre del 2008, consagra los derechos para este grupo dentro del capítulo tercero que nos habla de las personas y grupos de atención prioritaria. Es así que en el art. 44 de la Constitución se establece: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre 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 afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> VICACHAGUA Alex Plácido, Derecho de Familia, Pág. 54

<sup>48</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 11

De conformidad con este artículo se establece como obligación del estado brindar protección, apoyo y promover el desarrollo integral, de Niños Niñas y Adolescentes, en todas sus etapas.

En el art. 45 del mismo cuerpo legal, se manifiesta que “las niñas, niños y adolescentes gozan 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”<sup>49</sup>.

#### **4.3.3. LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACION**

Actualmente, patria potestad es el conjunto de facultades y deberes de los padres y abuelos para atender a los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.

---

<sup>49</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 11



La patria potestad no deriva del matrimonio, porque es un derecho que tiene como fundamento la naturaleza y la confirmación de la ley.

El artículo 283 del Código Civil prescribe que “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 105, manifiesta que la patria potestad no es solamente el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres, en relación a sus hijos no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de los derechos y garantías de los hijos.

La patria potestad tiene que ser legislada considerando a los padres, hijos, familia y sociedad.

En consecuencia, las normas atinentes a la patria potestad son de orden público y tienen las siguientes características:

a. Es un deber personal e intransferible, que no puede renunciarse. Está fuera del comercio y, por lo mismo, no es motivo de venta, transacción ni cesión.

b. Es obligatoria.

c. Indelegable. Sólo en circunstancias especiales los padres pueden confiar a otra persona para que los represente, como acontece en el caso de la educación, que se confía a un establecimiento educativo o cuando confieren poder a un

tercero para que los represente en un acto jurídico sobre la persona o bienes del menor.

d. Es un derecho relativo y no perpetuo, ya que termina cuando el hijo deja de ser menor de edad.

e. No es intangible. La persona que ejerce la patria potestad puede ser privada de su ejercicio si hay casos de maltrato al menor, abusa de sus funciones o es un peligro para el menor porque tiene una conducta reñida con la moral o las buenas costumbres.

f. Indisponible, porque su ejercicio no puede ser atribuido, modificado, regulado, ni extinguido por voluntad privada, sino en los casos permitidos por la ley.

g. Gratuita.

h. Es personal, ya que la ejercen el padre o la madre.

i. Exclusiva para menores no emancipados.

En una familia estable y constituida sobre la base del matrimonio, la Patria Potestad corresponde a los dos progenitores, pero su ejercicio está a cargo del padre y, a falta de éste, de la madre.

El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia enumera seis reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.

Autorización al menor para salir del país. Para que los menores viajen fuera del territorio nacional con uno de sus padres debe existir autorización del otro, señala el artículo 109 del invocado Código de la Niñez y Adolescencia.

Si los menores viajan solos o con terceros, se requiere autorización de los dos progenitores, salvo que uno de ellos esté privado de la patria potestad; o en su defecto con la autorización del juez, según lo previsto en el inciso segundo del artículo referido.

Si viajan solos o con terceros, en la autorización de salida deben constar los siguientes datos: motivo del viaje; tiempo de permanencia fuera del país; y, lugar de su residencia en el extranjero.

Si el tiempo de ausencia es superior a seis meses, la autoridad que autorizó la salida del menor debe informar al Ministerio de Relaciones Exteriores en forma inmediata, para que controle el lugar en el cual se encuentra el menor, las actividades que realiza y su estado general.

Formas de autorizar la salida. La autorización de salida puede conferirse por el juez de la niñez o notario público.

Varios países no aceptan la autorización de salida de un menor conferida por los notarios.

Limitación de la patria potestad. El juez puede declarar la limitación de la patria potestad cuando lo aconseje el interés superior del hijo, respecto de quien o quienes la ejerzan, durante el tiempo que persistan las circunstancias que motiva

esta medida o por el tiempo que determine la propia resolución, al tenor de lo preceptuado en el artículo 111 del Código de la Niñez y Adolescencia

TITULARIDAD. Conviene señalar la titularidad de la patria potestad en los siguientes casos:

a. Terminación. La patria potestad termina por las siguientes causas: muerte de los padres o los hijos; cuando los hijos llegan a la mayoría de edad; por emancipación de los hijos; si uno de los padres, en forma libre y voluntaria, cede a favor del otro.

b. Privación. El juez puede limitar su resolución a la privación de la tenencia del hijo, sin que se hayan definido los fundamentos para ello, pero siempre se tendrá en cuenta el principio del interés superior del menor.

El artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia señala los casos en los cuales el padre o la madre o ambos pierden la patria potestad.

c. Suspensión. La suspensión de la patria potestad se aplica para ciertos casos, como una sanción a los padres por incumplimiento de sus obligaciones con sus hijos.

El artículo 112 del Código de la Niñez y Adolescencia enumera las causas por las cuales se suspende la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad debe ser mediante resolución judicial.

Por mandato expreso del artículo 293 del Código Civil, mientras dure la suspensión de la patria potestad resuelta por el Juez, el padre o la madre, en su caso, pierden la administración de los bienes del menor, ni a la representación del hijo, facultades que corresponden a la madre.

Si la suspensión de la patria potestad es para el padre y madre, los reemplazará un tutor.

d. Pérdida. La pérdida de la patria potestad es una sanción que se aplica en casos extremos, cuando la conducta de los padres los hace indignos de tal calidad porque llevan una vida disoluta, según lo señala el artículo 306 del Código Civil.

El artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia contiene los casos en los cuales uno o ambos progenitores pierden la patria potestad.

e. Restitución. Al tenor de la disposición contenida en el artículo 117 del invocado Código de la Niñez y Adolescencia, si desaparece la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado puede solicitar al juez la restitución de la patria potestad, si existen pruebas de que han variado las circunstancias que sirvieron de fundamento para su privación, limitación o suspensión. Para ordenar la restitución el juez debe oír previamente al peticionario y al hijo.

#### **4.3.4. LA TENENCIA EN LA LEGISLACION CIVIL DEL ECUADOR**

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

Es la responsabilidad que asume uno de los padres para velar por el normal desarrollo de su hijo. La tenencia se vincula de manera directa con el futuro mismo del menor, con su bienestar, necesidades biológicas, morales, económicas y espirituales.

Los hijos sufren las consecuencias de la separación de sus progenitores, sea por divorcio, terminación de la unión de hecho o cuando los hijos son abandonados a su suerte.

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe que “Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, si alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106”<sup>50</sup>.

Conforme dispone el artículo 118, en la tenencia se observarán las reglas del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia sobre la patria potestad.

Por su naturaleza, las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria, al tenor de la disposición contenida en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia y, por lo mismo, pueden ser modificadas cuando convienen al menor.

---

<sup>50</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 30.

En el caso de cambio de tenencia, el juez debe asegurarse que dicha medida no cause perjuicios psicológicos al hijo, disponiendo medidas de apoyo al menor y a sus progenitores.

Velando por el interés superior del menor, las resoluciones sobre tenencia deben cumplirse en forma inmediata y, con este propósito se faculta al juez ordenar el apremio personal y allanamiento del domicilio en el cual se encuentra el menor, sin reconocerse fuero alguno para el cumplimiento de la resolución.

Si el menor ha sido conducido fuera del territorio nacional sin respetar las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia ni las resoluciones sobre tenencia y patria potestad, se aplicarán todas las medidas necesarias para su recuperación y retorno al país.

El juez exhortará a los jueces competentes del estado en el cual se encuentre el menor para su recuperación.

#### **4.3.5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

La noción de igualdad ante la ley se encuentra reñida con la discriminación. Esta denota un trato desigual a personas sujetas a condiciones o situaciones iguales, bien sea por el otorgamiento de favores, o privilegiar la imposición de cargas.

La Constitución de la República en lo que se refiere al principio de igualdad en el Art. 11 Nral. 2 dispone: “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de

salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La Ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptara medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”<sup>51</sup>.

La discriminación conlleva una consecuencia jurídica de distinción, preferencia, exclusión, restricción o separación, tendiente a menoscabar la dignidad humana, o a impedir el pleno goce de los derechos.

La discriminación conlleva un tratamiento injustificadamente diferente. Este desconocimiento de las prerrogativas naturales o la limitación o reducción de los mismos, se produce ya sea por obra del legislador o como consecuencia de una arbitraria interpretación, aplicación de la ley.

Aplicar el principio de “igualdad” constitucional, que todas las personas somos iguales ante la ley y que gozamos de los mismos derechos y oportunidades, creo que es de suma importancia efectuar mi investigación respecto al Derecho privado, al Derecho de familia en proporción a la necesidad de reconocer la tenencia compartida de los dos padres, a fin que se puedan cumplir con todos y cada uno de los preceptos legales en beneficio del menor.

Las responsabilidades de la actuación del Estado en pro de la igualdad en la formulación e interpretación y aplicación de la ley, demanda simultáneamente la remoción de los obstáculos de orden cultural, político, económico, etc., que restringen en la praxis la vigencia plena del principio de igualdad.

---

<sup>51</sup> CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 6



## **4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **4.4.1. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DE EL SALVADOR**

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

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

una vivienda principal y una segunda vivienda es algo que entre adultos se considera un privilegio, y para un niño es una fuente de riqueza. La vivienda principal podría ser la de la madre durante la educación infantil, la del padre durante la primaria, la de la madre durante la secundaria y la del padre después. Y los gastos del niño podrían ser administrados mediante una cuenta bancaria en la que el que el cuidador principal, decidiera lo que ambos, por igual, han de poner. Este sería un ejemplo de un buen acuerdo que fomentaría los vínculos entre todos los miembros de la familia de este niño”<sup>52</sup>.

#### **4.4.2. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DE COLOMBIA**

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

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

Artículo 2º. Custodia en Caso de Separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial

---

<sup>52</sup> LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA DE LA REPUBLICA DEL SALVADOR

contemplado en la ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia

Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

Artículo 3º. Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

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

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

Artículo 4º. Aplicación a procesos Anteriores. Al momento de entrar a regir ésta ley, en los casos en que hubiera sentencia en firme y ejecutoriada, a petición de

parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Custodia Alternada. A falta de acuerdo se fijará según lo que estime el Juez de Familia de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.

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

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

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

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacia los menores por parte de quien la tiene.
3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

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

#### **4.4.3. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DE COSTA RICA**

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

El Código de la Familia dispone:

#### **“Diversas clases de Tutela**

Artículo 175: El menor que no esté en patria potestad estará sujeto a tutela.

---

<sup>53</sup> LEY 249 DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Artículo 176: Quienes ejerzan la patria potestad podrán nombrar en testamento, tutor a sus hijos cuando estos no hayan de quedar sujetos a la patria potestad de padre sobreviviente.

Artículo 177: A falta de tutor testamentario ejercerán la tutela:

Cuando hubiere varios parientes de igual grado debe el Tribunal nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

En la tutela de hijo habido fuera de matrimonio serán llamados, en el orden expresado, los parientes de la línea materna.

Artículo 178: Cuando medien motivos justificados, el Tribunal puede variar la precedencia establecida en el artículo anterior.

Artículo 179: A falta de los parientes llamados por la ley a la tutela, el Tribunal nombrara a la persona que reúna las condiciones señaladas en el penúltimo párrafo de artículo trasanterior.

Artículo 180: Nadie puede tener más de un tutor.

1° Los abuelos;

2° Los hermanos consanguíneos; y

3° Los tíos”<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> LEY N° 5.476. CÓDIGO DE FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA,  
[HTTP://WWW.OAS.ORG/DIL/ESP/CODIGO\\_DE\\_FAMILIA\\_COSTA\\_RICA.PDF](http://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_costa_rica.pdf)

## 5. MATERIALES Y METODOS

Por la categoría que encierra la presente investigación científica jurídica, se vuelve necesario auxiliarme del método científico el mismo que me permitirá acercarme al conocimiento de los fenómenos que suceden respecto a la carencia de datos en los documentos personales de identificación y de identidad y ciudadanía, esto a través de la armonía entre la reflexión comprensiva y la fusión intrínseca con la realidad objetiva de los actos directos ocasionados y efectos negativos para el Estado Ecuatoriano, respecto a sus recursos administrativos, humanos y materiales, perjudicando el desarrollo armónico y la estabilidad entre sujeto activo portador de un documento, actos administrativos del sector público y el Estado. En tal virtud; esta investigación se basará en el método científico, así como en el método general del conocimiento. De igual manera me serviré del método inductivo y deductivo, los mismos que me permitirán enfocar asuntos doctrinarios, de juristas, de estudiosos del derecho, como de aspectos históricos, partiendo de lo general a lo particular y de lo específico a lo general para un mayor entendimiento de la temática, utilizaré el método comparativo ya que me permitirá comparar hechos históricos internos de nuestro país e internacionales con otras legislaciones en materia de datos de inscripción y documentos como es la cedula de identidad y de identidad y ciudadanía, y por obedecer a una investigación analítica utilizaré además la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que sean necesarios.

Me será de gran ayuda, las técnicas adecuadas para la recolección de la información tales como las fichas bibliográficas y nemotécnicas, realizaré un total de 30 encuestas las mismas que irán dirigidas especialmente a Magistrados, Jueces y Funcionarios de la Corte Provincial de Justicia, a profesores afines a la materia y problemática; y, Abogados en libre ejercicio de la profesión, que tengan conocimiento del problema, asimismo aplicaré 5 entrevistas dirigidas al Jefe y funcionarios del Registro Civil, a estudiosos del derecho especialistas, a médicos, este trabajo de campo, me permitirá acopiar información, auscultar y conocer sus criterios, para luego procesarlos, y presentarlos en cuadros, gráficos, resultados y análisis, siéndome de gran ayuda para mis objetivos y propuesta.

Los resultados de la investigación recopilada durante la investigación serán expresados en el informe final que contendrá los diversos aspectos en una tabla de contenidos, bien estructurada conforme la normativa de graduación del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

Para una mejor comprensión, procederé a la verificación de los objetivos propuestos, asimismo cimentare mi estudio con argumentación teórica, doctrinaria, normativa y de campo, las mismos que me permitirán probar argumentadamente la fundamentación de mi propuesta de reforma. Mi estudio, me permitirá efectuar la contrastación de la hipótesis planteada, y por último arribaré a las conclusiones, recomendaciones y propuesta de proyecto de reformas encaminado a la solución del problema socio jurídico planteado.



## 6. RESULTADOS

### 6.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

A fin de obtener resultados que orienten y aporten a llegar a conclusiones y recomendaciones valederas en mi trabajo de investigación aplique 30 encuestas con cinco interrogantes cada una, dirigidas a varios funcionarios de la Función Judicial, Catedráticos Universitarios y Abogados en libre ejercicio de la profesión, el acopio de la información, procesamiento y resultados de la misma la dejo a vuestro conocimiento y consideración

#### PREGUNTA NRO. 1

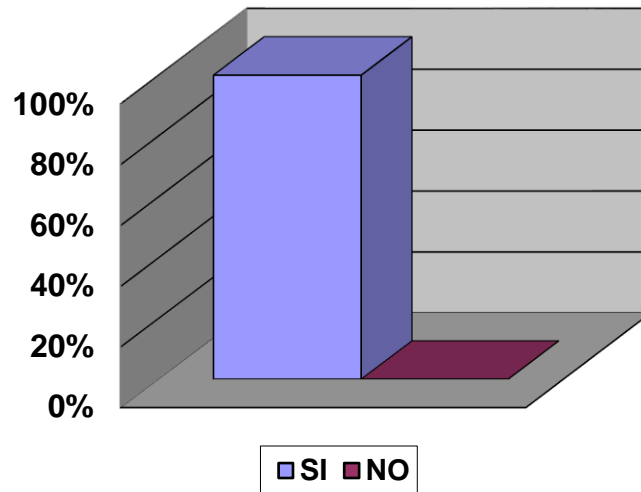
¿Considera Usted conveniente reconocer en nuestra legislación ecuatoriana la tenencia compartida, en aplicación del principio de interés superior del menor?

**CUADRO Nro. 1**

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

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio

## REPRESENTACION GRAFICA



## INTERPRETACION

Los 30 profesionales encuestados que corresponde al 100% sostienen que es necesario que se establezcan disposiciones que permitan la tenencia compartida del menor, en beneficio de este.

## PREGUNTA Nro. 2

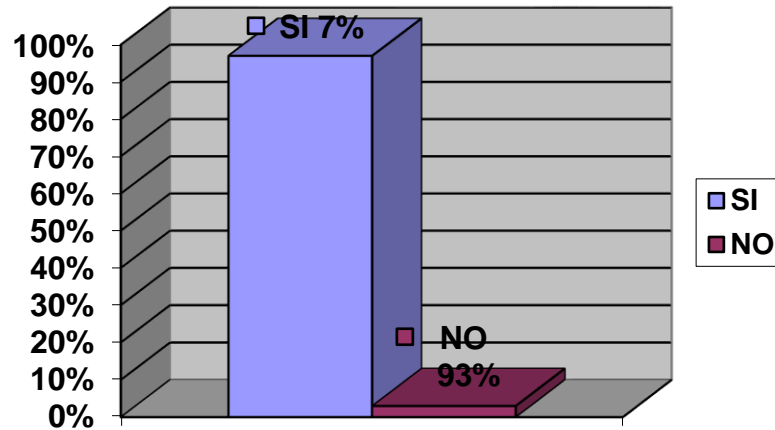
¿Considera usted que las disposiciones jurídicas existentes en el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia son incompletos y perjudiciales para el interés superior del niño?

**CUADRO Nro. 2**

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio

## REPRESENTACION GRAFICA



### INTERPRETACION

A esta pregunta 29 de los encuestados, que corresponde al 97 por ciento, consideran que las disposiciones contempladas en nuestro Código Civil no son suficientes, mientras que 1 de los encuestados expresan que así claramente lo establece nuestro Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia

### PREGUNTA Nro. 3

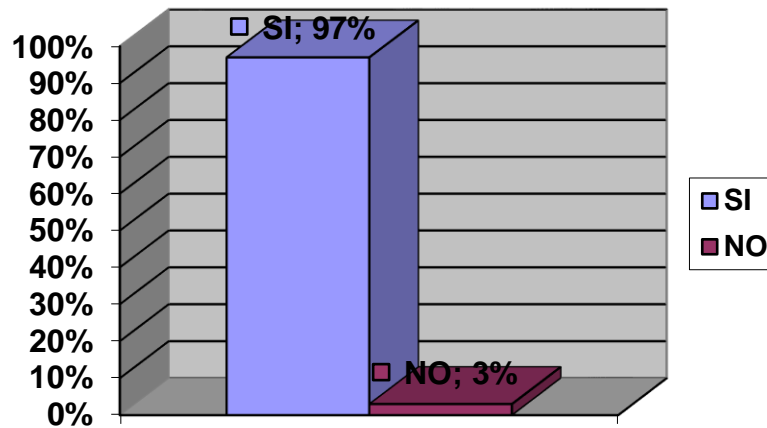
¿Considera usted que las disposiciones constantes en el Código Civil y el de la Niñez y Adolescencia, son atentatorias con el principio de igualdad de derechos y oportunidades conforme a la ley?

CUADRO Nro. 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio

## REPRESENTACIÓN GRAFICA



## INTERPRETACIÓN

En relación a la pregunta tres, 29 encuestados que corresponde al 97 por ciento, contestan las disposiciones legales de los cuerpos legales en mención si son atentatorias con el principio de igualdad y oportunidades conforme a la ley, mientras que 1 de los encuestados que corresponde al 3 por ciento manifiestan que no..

## PREGUNTA Nro. 4

¿Considera usted que el Código Civil y el de la Niñez y Adolescencia atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades al omitir la tenencia compartida?

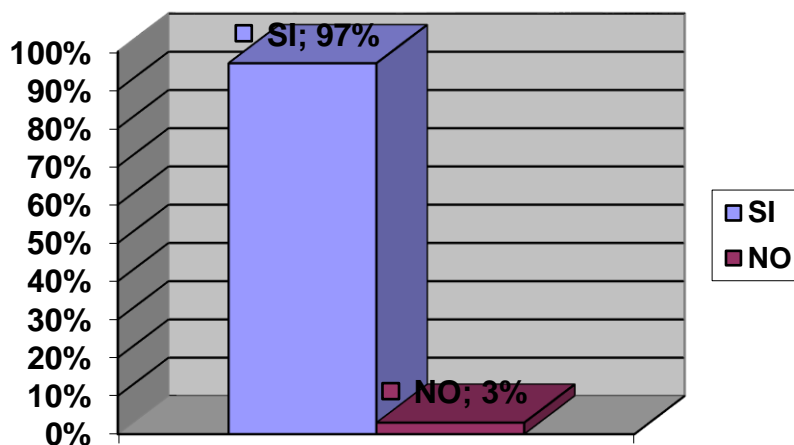
**CUADRO Nro. 4**

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%

TOTAL	30	100%
-------	----	------

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio

### REPRESENTACION GRAFICA



### INTERPRETACION

En esta pregunta 29 de los profesionales encuestados que corresponde al 97 por ciento, consideran que las disposiciones tanto del Código Civil como el de la Niñez y Adolescencia atentan al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades al omitir la tenencia compartida; mientras que 1 de los encuestados expresan que no.

### PREGUNTA Nro. 5

¿Considera usted necesario reformar el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la tenencia compartida, que permita aplicar una justicia igualitaria y justa?

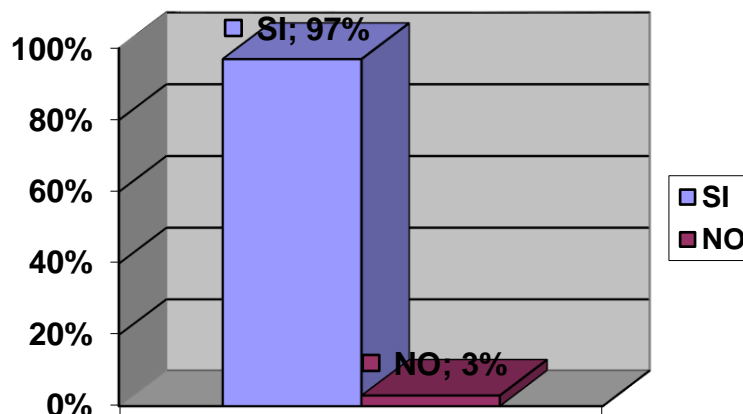
**CUADRO Nro. 5**

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%

NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio

### REPRESENTACIÓN GRAFICA.



### INTERPRETACION

El 97% de los encuestados es decir 29 personas, expresa que es imprescindible reformar nuestra legislación respecto a la tenencia compartida mientras que 1 de los encuestados que corresponde al 3% considera que la normativa existente es suficiente.

### 6.2. PRESENTACION DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

A continuación me permito presentar los resultados obtenidos en las entrevistas, las mismas que fueron aplicadas a los señores Magistrados, Jueces y Funcionarios de la Unidad Judicial de Loja, a quienes se les formulo las siguientes preguntas.

Debo señalar que la muestra para la aplicación de la técnica de la entrevista fue de cinco personas, los resultados los dejo a su consideración:

### **PREGUNTA NRO. 1**

¿Considera usted conveniente reconocer e la legislación ecuatoriana la tenencia compartida, en aplicación del derecho superior del menor?

La mayoría de los entrevistados, manifiestan que nuestro ordenamiento legal no contempla ciertos actos como la tenencia compartida, con lo cual se les daría oportunidad a ambos padres de compartir no solamente la responsabilidad económica sino también el cariño que los hijos necesitan para su desarrollo

### **PREGUNTA Nro. 2**

¿Considera usted que las disposiciones jurídicas existentes en el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia son incompletos y perjudiciales para el interés superior del niño?

Todos los entrevistados consideran que están de acuerdo en incorporar tanto en el Código Civil como en el de la Niñez y Adolescencia disposiciones que sean favorables al menor, a fin de no perjudicar sus intereses y al contrario velar por su estabilidad.

### **PREGUNTA Nro. 3**

¿Considera usted que las disposiciones en el Código Civil y de la Niñez y Adolescencia, son atentatorias con el principio de igualdad de derechos y oportunidades conforme a la ley?

Todos los entrevistados manifiestan nuestra legislación en lo que respecta a la tenencia compartida no contiene disposiciones que reflejen la igualdad de derechos y oportunidades conforme lo estipula la Constitución, sino que al contrario es discriminatorio porque se debería dar oportunidad a ambos padres en igualdad de condiciones de poder compartir la tenencia.

#### **PREGUNTA Nro. 4**

¿Considera usted que el Código Civil y de la Niñez y Adolescencia atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades al omitir la tenencia compartida?

La mayoría de los entrevistados, manifiesta que se debería dar la oportunidad a los padres por igual que compartan la tenencia por el bien del menor y de esta manera se estaría velando por un mejor futuro para el menor en desarrollo y este sea un elemento útil para la sociedad

#### **PREGUNTA Nro. 5**



¿Cree usted necesario reformar el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la tenencia compartida, que permita aplicar una justicia igualitaria y justa?

Todos los entrevistados consideran primordial realizar las reformas correspondientes a la legislación ecuatoriana con el fin de incluir la tenencia compartida, para de esta manera aplicar una justicia igualitaria y justa.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE REFORMA**

La familia contemporánea, es una organización social regida por una infinidad de normas entre ellas, económicas, higiénicas, estéticas, religiosas, morales, políticas y jurídicas, integrada por el padre, la madre, los hijos, y los parientes, siendo los fines como institución universal, fortalecer la personalidad de los hijos en lo psicológico, moral, ético, humano y la formación en su proceso de crecimiento.

Si bien es cierto que en la época contemporánea, la familia ecuatoriana se encuentra atravesando una etapa crítica, originado por varios factores, tanto endógenos como exógenos que perjudican en forma directa e indirecta a la familia y particularmente al menor. Uno de los problemas se origina cuando se da el divorcio, se termina la unión de hecho o son madres solteras, es decir se produce la desintegración, consecuentemente el juez tiene que resolver sobre los alimentos y la tenencia del o los menores conforme la regla del artículo 108 del Código Civil, que dice, corresponde la tenencia: “1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo y de las hijas de toda edad; y, 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”, originando esta disposición jurídica la discriminación de uno hacia el otro progenitor, limitándole el derecho al acceso de cuidado, crianza y protección del menor, reconociendo y protegiendo la desigualdad de condiciones de los dos seres humanos que son sus padres, sin observar tampoco los elementales derechos y garantías de protección como

grupo de atención prioritaria e integral del menor, consecuentemente, previo a estas consideraciones nuestra legislación Ecuatoriana no dispone de normas claras y precisas que permita, aplicar el principio de “igualdad” constitucional, que todas las personas somos iguales ante la ley y que gozamos de los mismos derechos y oportunidades, creo que es de suma importancia efectuar mi investigación respecto al Derecho privado, al Derecho de familia en proporción a la necesidad de reconocer la tenencia compartida de los dos padres, a fin que se puedan cumplir con todos y cada uno de los preceptos legales en beneficio del menor.

## **7.2. VERIFICACIÓN DE LOS OBJETIVOS**

Con el propósito de verificar si se han cumplido las metas propuestas en la presente investigación jurídica, sobre la temática: CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR., para la comprobación y demostración es necesario indicar que me propuse varios objetivos; es decir un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación me permito enunciarlos.

### **OBJETIVO GENERAL.**

- Efectuar un estudio histórico doctrinario, social jurídico y analítico, respecto a la desintegración familiar, la tenencia compartida y los beneficios de aplicar esta figura jurídica en la legislación ecuatoriana.

Este objetivo se lo ha verificado positivamente ya que realice un amplio estudio de carácter doctrinario, jurídico, crítico en relación a la familia, al derecho de familia, la desintegración familiar, la tenencia y custodia compartida, que guardan relación directa con el tema materia de investigación tal como consta en el desarrollo del Marco Conceptual, y el Marco Doctrinario y que constituye la base teórica de mi fundamento.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Probar que las disposiciones jurídicas existentes en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, son incompletas y perjudiciales para el interés superior del niño.

En lo que se refiere al primer objetivo específico es necesario considerar que luego de realizada la presente investigación, se ha analizado detenidamente la tenencia; así como un estudio pormenorizado de los fundamentos en favor de la tenencia compartida. Además hice un estudio de la custodia compartida en la legislación comparada.

De la investigación de campo aplicada, específicamente en la pregunta dos se establece que nuestro ordenamiento jurídico no contempla disposiciones aplicables en favor del menor como la tenencia compartida.

- Demostrar que las disposiciones en el Código Civil y de Menores, son atentatorias y no cumplen con el principio de igualdad de derechos y oportunidades conforme a ley.

Cumpliendo con el segundo objetivo, he realizado un estudio de la tenencia en la Legislación Civil del Ecuador; los requerimientos para que se produzca la tenencia y además realice un análisis jurídico del principio de igualdad constitucional

Gracias a la elaboración de la investigación de campo en la tercera pregunta se establece que las disposiciones que constan tanto en el Código Civil, como en el de la Niñez y Adolescencia no cumplen con el principio de igualdad de derechos y oportunidades y por lo tanto no se adecua convenientemente al principio de seguridad jurídica.

- Proponer un proyecto de reformas al Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la tenencia compartida, que permita aplicar una justicia igualitaria y justa.

Con el estudio teórico, el sustento legal, y el acopio de información, procesamiento de datos y presentación de resultados de la investigación de campo, se ha hecho inminente la necesidad de una reforma a la legislación ecuatoriana que permita incorporar la tenencia compartida y de esta manera cumplir con una justicia igualitaria y justa.

### **7.3. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS**

Del mismo modo, en el proyecto de investigación se planteó una hipótesis sujeta a ser contrastada con los resultados obtenidos en el proceso investigativo; la hipótesis planteada es la siguiente

**La carencia de disposiciones jurídicas normativas en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, al omitir la tenencia compartida, atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades.**

Esta hipótesis se comprobó en debida forma tomando en cuenta los resultados de las encuestas que se aplicaron como consta en la pregunta dos, En esta pregunta la mayoría de los encuestados manifiesta que las disposiciones normativas en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia no contiene disposiciones que contemple la tenencia compartida, lo cual atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades.

También es menester tomar en cuenta los resultados de las entrevistas; así en base a los criterios de los entrevistados se determinó que realmente se requiere reformas a las disposiciones relativas a la tenencia, incluyendo una normativa que permita la tenencia compartida.

Con estos elementos queda demostrado tanto en forma teórica, científica y jurídica la hipótesis de la investigación, cuyos principios son los fundamentos que me orientan a formular las reformas legales en el presente trabajo de investigación jurídica.

## 8. CONCLUSIONES

Luego del desarrollo de la presente investigación, he podido llegar a las siguientes conclusiones

Uno de los fines de la familia como institución universal, es fortalecer la personalidad de los hijos en lo psicológico, moral, ético, humano y la formación en su proceso de crecimiento.

La familia ecuatoriana se encuentra atravesando una etapa crítica, originado por varios factores, tanto endógenos como exógenos que perjudican en forma directa e indirecta a la familia y particularmente al menor

El Derecho de Familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia entre si y respecto a terceros

En la actualidad un alto porcentaje de familias está incompleta o desintegrada, situación que en la mayoría de los casos se inicia en las relaciones matrimoniales por diferentes causas: divorcios, separaciones, madres solteras, por fallecimiento, emigración. etc.

Esta ruptura trae graves consecuencias a los hijos puesto que crecen sin la seguridad y el amor que les da el padre creándoles un sentido e desprotección y abandono, al faltar la madre falta la ternura, la generosidad, los cuidados, el amor, ambos roles son fundamentales e irremplazables.

La tenencia es una facultad de que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. Como resultado, el hijo convivirá como uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica

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

En algunas oportunidades se impide o dificulta que los niños se vean con el progenitor que no vive con ellos. En este caso se está perturbando un derecho del progenitor no conviviente y el de los niños, porque las visitas son en beneficio de ambos, si se recurre a la justicia, el Juez puede ordenar que las visitas sean respetadas por el progenitor que vive con los niños y aún puede multarlo si persiste en esta actitud.



## **9. RECOMENDACIONES**

En base al desarrollo de la presente investigación jurídica considero pertinente y oportuno plantear las siguientes recomendaciones

Es fundamental que se incluya la custodia compartida, ya que en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos.

La noción de igualdad ante la ley se encuentra reñida con la discriminación. Esta denota un trato desigual a personas sujetas a condiciones o situaciones iguales, bien sea por el otorgamiento de favores, o privilegiar la imposición de cargas.

Nuestra legislación Ecuatoriana no dispone de normas claras y precisas que permita, aplicar el principio de “igualdad” constitucional, que todas las personas somos iguales ante la ley y que gozamos de los mismos derechos y oportunidades, creo que es de suma importancia realizar una investigación respecto al Derecho privado, al Derecho de familia en proporción a la necesidad de reconocer la tenencia compartida de los dos padres, a fin que se puedan cumplir con todos y cada uno de los preceptos legales en beneficio del menor.

En cuanto a la tenencia compartida, la misma que carece de normatividad jurídica en cuanto a la correcta, completa, suficiente y clara normativa que permita en igualdad de condiciones, compartir los dos progenitores respecto a la crianza, educación, alimentación, en el orden común y con objetivos de no perjudicar en el desarrollo físico, psicológico y social del menor de edad.

Existen vacíos jurídicos o lagunas en la Código Civil, y en el Código de la Niñez y Adolescencia, referente a la tenencia compartida, debiendo estas tenencias ser las mismas equilibradas, coherentes, preventivas y que brinden solución inmediata a los problemas de las personas en cuanto a su desarrollo.

Considero primordial realizar una reforma a las disposiciones del Código Civil y a de la Niñez y Adolescencia en cuanto a la tenencia compartida con el fin de ambos padres puedan cumplir con sus funciones en relación al menor.

## **9.1. PROPUESTA DE REFORMA**

**QUE**, la Constitución de la República en el Art. 69 establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres e hijos.

**QUE** nuestra legislación Ecuatoriana no dispone de normas claras y precisas que permita, aplicar el principio de “igualdad” constitucional, que todas las personas somos iguales ante la ley y que gozamos de los mismos derechos y oportunidades.

**QUE** es imperiosa la necesidad de reconocer la tenencia compartida de los dos padres, a fin que se puedan cumplir con todos y cada uno de los preceptos legales en beneficio del menor.

**QUE** nuestra legislación carece de normatividad jurídica en cuanto a la tenencia compartida para la correcta, completa, suficiente y clara normativa que permita en igualdad de condiciones, compartir los dos progenitores respecto a la crianza, educación, alimentación, en el orden común y con objetivos de no perjudicar en el desarrollo físico, psicológico y social del menor de edad

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

## LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO CIVIL

A continuación del artículo 108 agréguese los siguientes artículos innumerados:

### Artículo innumerado 1

**CUSTODIA COMPARTIDA.** Cuando el Juez estime conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, podrá confiar su cuidado y crianza a uno o ambos progenitores sin alterar el ejercicio de la patria potestad, contando con el informe favorable del equipo técnico del Juzgado de la Mujer, la Familia, Niñez y la Adolescencia, podrá acordar la guardia y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta manera, se protege adecuadamente el interés superior del menor.

### Artículo Innumerado 2

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

El actor o las partes de común acuerdo deberán proponer por escrito un acuerdo en el que constatarán los periodos de alternancia bajo los cuales se llevara a cabo el régimen, así como también la forma en la cual se distribuirán los gastos de manutención y crianza de los hijos.

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

### Artículo Innumerado 3

Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.  
La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

### Artículo Innumerado 4

Para confiar la Custodia Compartida en los casos previstos en el artículo 307 del Código Civil, el juez, valorará todas las circunstancias que concurren en el caso concreto y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas relaciones familiares

Artículo Innumerado 5

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

Art. 2. La presente disposición reformativa entrara en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

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

.f).....

Presidente de la Asamblea

f).....

Secretario

## **LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Art. 1. – A continuación del Art. 118 agréguese los siguientes:

Art Innumerado 1.- La tenencia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.

Art. Innumerado 2.-Podrá solicitar la tenencia compartida ambos padres de común acuerdo o uno de los progenitores por separado. Cuando uno de los progenitores solicitare individualmente el establecimiento de la tenencia compartida deberá probar ante el Juez mediante todos los medios establecidos por la ley, que cuenta con los medios necesarios para el establecimiento del régimen.

Art. Innumerado 3.- Son causales para la suspensión y privación del régimen de la tenencia compartida las establecidas en los artículos 112 y 113 de este Código. Pudiendo revisarse cuando las causas que las motivaron hayan cesado. Siendo obligación del Juez tomar las medidas necesarias para el fortalecimiento y restablecimiento de las relaciones familiares

Art. 2. La presente disposición reformativa entrara en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

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

.f).....

f).....

Presidente de la Asamblea

Secretario

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ALBAN, Fernando, “Derecho de la Niñez y la Adolescencia”, Quito-Ecuador, II Edición, Editorial Publicaciones de Legislación, 1995.
- BAQUEIRO ROJAS Edgard, Derecho de familia y sucesiones, Editorial Harla, México, 1990.
- BELLUCIO, Augusto, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, Año 1979
- BONNECASE, Julián, “Derecho de Familia”, Editorial, Tenis, Bogotá-Colombia, Año 1979
- CABALLERO GEA, J. A., Matrimonio, Acogimiento y adopción. Violencia de Género, pensión impagada, Editorial Dykinson, Madrid, 2005
- CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993
- CASADO Laura, Diccionario de Derecho, Vallesta Ediciones, 2011, Buenos Aires- Argentina
- CASTÁN VÁZQUEZ José María, La Patria Potestad, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1960
- CHUNGA LA MONJA, Fermín, “Derecho de Menores”, Edición. 2001
- CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito-Ecuador, 2005.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones



- CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Pág. <http://www.humanium.org>
- DE PINA Rafael y otro, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1991
- DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: “Instituciones Jurídicas de Protección
- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Editorial Espasa Calpe. Madrid-España, 2001
- DICCIONARIO RUY DÍAZ DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, Edición 2006, Buenos Aires Argentina
- ELZO Francisco Javier, La educación familiar en un mundo en cambio, Editorial Corpus, España
- ENCICLOPEDIA JURÌDICA OMEBA, Editorial Heliasta
- FENECH, Miguel, “Enciclopedia Practica del Derecho”, Volumen V, Primera Edición
- FLAQUER Luis, Cambios en la Estructura de la Familia, Editorial Faros, España, 1998
- GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1997
- GOLDSTEIN, Mabel, Diccionario Jurídico, Circulo Latino Austral S.A., Buenos Aires- Argentina
- GONZÁLEZ, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, Ediciones Trillas, México, 2002
- GOYENA, Felipe, “Diccionario Enciclopédico Jurídico Omeba”, Tomo XXI, 1987, Madrid-España

- LARREA OLGUÍN Juan, Manual Elemental de Derecho Civil, Tomo I, 2002
- Ley 249 de la República de Colombia
- LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA DE LA REPUBLICA DEL SALVADOR
- Ley N° 5.476. Código de Familia de la República de Costa Rica, [http://www.oas.org/dil/esp/codigo de Familia costa rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_Familia_costa_rica.pdf)
- ORBE, Héctor, “Derecho de Menores”. Edición de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador, 1995
- PALACIOS Jesús y RODRIGO María José, Familia y Desarrollo Humano, Editorial Alianza, 1998
- PARADA Jorge, Necesidades diferentes, igualdad e integración familiar, Editorial Huerto, Buenos Aires- Argentina
- PITTI Ulises, Principios y valores que norman el Código de Familia, Panamá 2004
- PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Derecho Civil, Editorial Harla, México, 1997
- PUCHAICELA ORDÓÑEZ Olivo, Derecho Romano I, Segunda Edición, 1997
- PUIG PEÑA Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo 11, Volumen Primero, Madrid 1971
- SUARÉZ Cristóbal, Breves comentarios acerca de la Familia, Editorial Foscari, España
- SUMNER, Maine, Henry, Citado por Augusto César Bellucio, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediciones Desalma, Buenos Aires-Argentina, Año 1974

- Theodor Kiip y Martín Wolf Derecho de Familia. Volumen 11. Bosh casa editora, Barcelona. 1979
- VELÉZ Juan, Patria Potestad, Legislación, doctrina y práctica, Editorial Cevallos, Quito Ecuador
- VICACHAGUA Alex Plácido, Derecho de Familia
- WWW. YAHOO.COM [http://es.wikipedia.org/wiki/derecho de familia](http://es.wikipedia.org/wiki/derecho_de_familia)
- ZARAGOZA, Vicente del Valle, “Derecho Civil y Mercantil”, Madrid, España, Volumen I, año 1999



# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

## **AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA CARRERA DE DERECHO**

### **TEMA:**

**“CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA  
LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA  
COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO  
CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL  
PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL  
MENOR”**

Proyecto de tesis previo a  
optar por el grado de  
Abogado.

**AUTOR:** Brígida Corozo Díaz

Loja – Ecuador

**2015**

## **1. TEMA:**

CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR.

## **2. PROBLEMÁTICA.**

La familia contemporánea, es una organización social regida por una infinidad de normas entre ellas, económicas, higiénicas, estéticas, religiosas, morales, políticas y jurídicas, integrada por el padre, la madre, los hijos, y los parientes, siendo los fines como institución universal, fortalecer la personalidad de los hijos en lo psicológico, moral, ético, humano y la formación en su proceso de crecimiento.

Si bien es cierto que en la época contemporánea, la familia ecuatoriana se encuentra atravesando una etapa crítica, originado por varios factores, tanto endógenos como exógenos que perjudican en forma directa e indirecta a la familia y particularmente al menor. Uno de los problemas se origina cuando se da el divorcio, se termina la unión de hecho o son madres solteras, es decir se produce la desintegración, consecuentemente el juez tiene que resolver sobre los alimentos y la tenencia del o los menores conforme la regla del artículo 108, que dice, corresponde la tenencia: “1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo y de las hijas de toda edad; y, 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”, originando esta disposición jurídica la discriminación de

uno hacia el otro progenitor, limitándole el derecho al acceso de cuidado, crianza y protección del menor, reconociendo y protegiendo la desigualdad de condiciones de los dos seres humanos que son sus padres, sin observar tampoco los elementales derechos y garantías de protección como grupo de atención prioritaria e integral del menor, consecuentemente, previo a estas consideraciones nuestra legislación Ecuatoriana no dispone de normas claras y precisas que permita, aplicar el principio de “igualdad” constitucional, que todas las personas somos iguales ante la ley y que gozamos de los mismos derechos y oportunidades, creo que es de suma importancia efectuar mi investigación respecto al Derecho privado, al Derecho de familia en proporción a la necesidad de reconocer la tenencia compartida de los dos padres, a fin que se puedan cumplir con todos y cada uno de los preceptos legales en beneficio del menor.

### **3. JUSTIFICACIÓN.**

Como requisito para obtener mi título profesional, es efectuar un estudio investigativo, mi objetivo no es únicamente cumplir con esta norma de graduación, sino más bien aportar al ordenamiento jurídico social, específicamente con lo que tiene que ver, con el Derecho Privado, que es el Derecho de familia, respecto a la figura jurídica de los progenitores, sus deberes, derechos y obligaciones con la familia y muy particularmente con el menor en cuanto a la tenencia compartida, la misma que carece de normatividad jurídica en cuanto a la correcta, completa, suficiente y clara normativa que permita en igualdad de condiciones, compartir los dos progenitores respecto a la crianza, educación, alimentación, en el orden

común y con objetivos de no perjudicar en el desarrollo físico, psicológico y social del menor de edad.

Considero que el problema a investigarse constituye uno de los aspectos más importantes del Derecho privado, ya que el mismo es inédito, además con el mismo trato de probar que existen vacíos jurídicos o lagunas en la Código Civil, y en el Código de la Niñez y Adolescencia, referente a la tenencia compartida, debiendo estas tenencias ser las mismas equilibradas, coherentes, preventivas y que brinden solución inmediata a los problemas de las personas en cuanto a su desarrollo.

Considero que tiene importancia científica, jurídica y académica, por cuanto las reformas que propondré, servirán de base y fundamento sobre la cual le permitan al menor se respeten sus derechos consagrados en la Carta Magna y aquellos que se encuentra establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia, para su desarrollo afectivo, social, intelectual y psicológico.

Mi investigación socio jurídica, por la importancia legal y social, aspiro sirva de fuente de consulta para los estudiantes y profesionales del Derecho, que estén interesados en conocer todo lo referente a la tenencia y los efectos que pueden ser perjudiciales para el menor cuando esta no se la comparte con el otro progenitor.

Por ultimo mi trabajo es factible por su importancia e interés social ya que es un problema actual y asimismo pertinente porque la contrariedad es latente y real, constituyéndose el mismo en un aporte al ordenamiento jurídico Estatal, que

permita con disposiciones claras que propondré, aplicar soluciones al vacío jurídico. Consecuentemente, el problema a investigar se justifica por cuanto es un problema en materia jurídica que se constituye en un tema de trascendental importancia, que es de actualidad y es factible por que cuento con fuentes bibliográficas de consulta de tratadistas del derecho moderno.

#### **4. OBJETIVOS:**

##### **4.1. OBJETIVO GENERAL:**

Efectuar un estudio histórico doctrinario, social jurídico y analítico, respecto a la desintegración familiar, la tenencia compartida y los beneficios de aplicar esta figura jurídica en la legislación ecuatoriana.

##### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

**4.2.1.** Probar que las disposiciones jurídicas existentes en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, son incompletas y perjudiciales para el interés superior del niño.

**4.2.2.** Demostrar que las disposiciones en el Código Civil y de Menores, son atentatorias y no cumplen con el principio de igualdad de derechos y oportunidades conforme a ley.



**4.2.3.** Proponer un proyecto de reformas al Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la tenencia compartida, que permita aplicar una justicia igualitaria y justa.

## **5. HIPOTESIS.**

La carencia de disposiciones jurídicas normativas en el Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, al omitir la tenencia compartida, atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades.

## **6. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.**

### **El derecho de familia.**

El derecho de familia en nuestro país, se encuentra contemplado constitucionalmente como la primera prioridad del Estado Ecuatoriano, un acercamiento es el que nos establece que: “Es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia entre si y respecto a terceros”<sup>55</sup>, es decir en un Estado jurídicamente organizado existen normas dispersas en los diferentes cuerpos legales como la Constitución Política de la República del Ecuador, el Código Civil, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación y otros cuerpos legales, normas que regulan las relaciones de los miembros de un grupo

---

<sup>55</sup> WWW. YAHOO.COM [http://es.wikipedia.org/wiki/derecho de familia](http://es.wikipedia.org/wiki/derecho_de_familia)

de personas denominadas familias, con plenos derechos, deberes y obligaciones que cumplir.

El Diccionario Jurídico Espasa, establece que: “Es la parte del Derecho Civil que tiene por objeto las relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paternos filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores. Constituye el eje central la familia, el matrimonio y la filiación”<sup>56</sup>. Nos establece un criterio en relación a las relaciones de padres e hijos y más miembros del grupo familiar que guarden relación por su parentesco de consanguinidad, afinidad o adoptivo, y su relación con las actividades propias de su entorno en relación a la protección, orientación y cumplimiento de objetivos familiares en lo social, cultural, económico, educativo, como en lo patrimonial.

En cambio el tratadista Zaragoza Vicente del Valle, al referirse al derecho de familia manifiesta que es el conjunto de normas originadas de las relaciones familiares que tienen las siguientes características.

1. “La naturaleza de sus instituciones es más bien moral que jurídica, predominando las relaciones personales sobre las patrimoniales, es decir, prima la condición de persona de los sujetos, que intervienen en este derecho, sobre las consecuencias económicas que se puedan derivar de las relaciones familiares.

---

<sup>56</sup> DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Editorial Espasa Calpe. Madrid-España, 2001, pág. 528.

2. El interés social prevalece sobre el interés individual, ya que se considera a la familia como una institución básica de la sociedad. La consecuencia inmediata de esto es que por regla general las normas del Derecho de Familia son imperativas e inderogables, generando derechos intransmisibles, irrenunciables, es decir, que no se pierden por el paso del tiempo. Estos derechos son generalmente recíprocos”<sup>57</sup>.

El derecho de familia es considerado como el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales de todos los miembros que integran la familia, siendo el objetivo primordial el de preservar en las mejores condiciones las relaciones entre si en el núcleo familiar estables y bien definidas para todos y cada uno de los integrantes, siendo necesario regular las diversas actividades, o relaciones que se generan, como la sociedad conyugal, los derechos, deberes, obligaciones , la sucesión por causa de muerte, la patria potestad, la tutela, de los hijos desde la concepción. El derecho de familia busca en si las relaciones entre quienes son considerados como tal, sus actos y actividades en el medio interno como externo, como la aplicación de normas jurídicas para regular las relaciones socio-jurídicas.

El tratadista Guillermo Cabanellas de la Torre, establece que: “El espíritu de la familia, es la base de la sociedad civilizada, hace que la vida de ésta sea contemplada por el derecho al efecto del cumplimiento de sus fines; de lo que surge, como consecuencia, un derecho de familia, el que se refiere

---

<sup>57</sup> ZARAGOZA, Vicente del Valle, “Derecho Civil y Mercantil”, Madrid, España, Volumen I, año 1999, pág. 67.

principalmente a su constitución, régimen, organización y extinción. La base de la familia es el matrimonio, cuyo régimen es regulado por la ley”<sup>58</sup>

Es complicado llegar a definir con exactitud esta terminología tan amplia y compleja, pero si lograr un acercamiento a fin de comprender y entender lo que abarca, básicamente se entiende como el conjunto de normas jurídicas, subjetivas y adjetivas, que regula la constitución, respecto al ordenamiento, funcionamiento y disolución de la familia, tanto personal como patrimonial. Se sostiene que es: “El conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura de la vida y la disolución de la familia”<sup>59</sup>. Con otro criterio Bonnecase argumenta en sentido amplio y mantiene que: “Es el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o directo es presidir la organización, de la vida y disolución de la familia”<sup>60</sup>.

### **Origen y evolución de la familia.**

El problema del origen, no se lo ha podido precisar hasta la presente fecha. Las teorías formuladas no han dejado de ser sino hipótesis extraídas en base al estudio de organizaciones sociales contemporáneas que han permanecido en estado primitivo.

---

<sup>58</sup> CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico Jurídico”, Tomo V, año 2000, Editorial Heliasta. Buenos Aires, pág. 26.

<sup>59</sup> BELLUCIO, Augusto, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, Año 1979, pág. 29.

<sup>60</sup> BONNECASE, Julián, “Derecho de Familia”, Editorial, Tenis, Bogotá-Colombia, Año 1979, pág. 10

Dentro de algunas teorías, una muy destacada es la matriarcal y la patriarcal. La teoría matriarcal afirma que el origen de la familia se encuentra en la promiscuidad sexual, como consecuencia de la evolución que parte de épocas primitivas y que la madre tenía el exclusivo poder de dominio en el hogar. De conformidad con esta teoría, Augusto César Bellucio, sostiene y se posiciona de un argumento que la madre era el centro y el origen de la familia, y el parentesco se consideraba únicamente por línea materna, iniciando un parentesco uterino. La teoría patriarcal, en cambio niega la promiscuidad primitiva y sostiene que desde los tiempos más remotos el padre fue el centro de la organización familiar.

Henry Sumner Maine, sostiene que: “El origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad”<sup>61</sup>. Esta teoría sostiene que la familia se constituyó originariamente en torno a la figura del padre y luego por la unión de otras familias emparentadas por la línea paterna consanguíneamente, constituyendo lo que se denomina la gran familia o clan. El clan, fue una segunda agrupación social, política y económica o un grupo de familias unidas bajo la autoridad de un jefe común, que era el padre o sea el más viejo. La gran familia en forma legalmente organizada se origina con la aparición del Estado. Al tipo clásico de la gran familia la encontramos en el pater-familias de origen romano y primitivo, quien en su calidad de autoridad, magistrado y sacerdote, tenía poderes de dominio sobre los bienes, los integrantes del grupo, su esposa, clientes y

---

<sup>61</sup> SUMNER, Maine, Henry, Citado por Augusto César Bellucio, “Derecho de Familia”, Tomo I, Ediciones Desalma, Buenos Aires-Argentina, Año 1974, Pág. 20.

esclavos. La última etapa de evolución de la familia romana, queda sujeta y reducida a la pequeña familia o sea, al núcleo paterno-filial.

De acuerdo a estas teorías, las primeras colectividades humanas serían la familia y los grupos de familia regidos por el pater-familia, para luego aparecer el matriarcado como consecuencia de la injerencia y de la función maternal en el matrimonio, para respetar una situación respetable después de casada.

### **Funciones de la familia.**

Las funciones que tiene que cumplir la familia son múltiples, ya que con éstas permite alcanzar logros y objetivos para el bienestar interno o superación de obstáculos que puedan presentarse, entre algunas de las funciones, tenemos la biológica, educativa, asistencial, recreativa, social y económica:

**a. Función Biológica.** Esta se manifiesta a través de la perpetuación de la especie humana, pero no sólo en el sentido multiplicador material de los individuos, sino más bien como fruto del amor, buscando la organización y supervivencia de sus progenitores. Esta institución biológica, se manifiesta por que la asistencia familiar es fundamental e imprescindible para el recién nacido, el mismo que no puede valerse por sí mismo o por sus propios medios, sino que es dependiente de la madre al recibir su nutrición, es importante dentro de esta etapa que se genera con el embarazo, el cuidado periódico de un médico especialista para proteger la vida intrauterina del ser que está por nacer.

**b. Función Educativa.** La función educativa de los hijos y de las personas que conforman la familia, es una de las funciones de mayor trascendencia, la criatura recién nacida requiere de un largo período de formación, dentro del campo moral, intelectual y psicológico. Esta función es compleja por cuanto los padres están obligados a educar a sus hijos y delegar esta función educativa y de formación a instituciones públicas o privadas.

**c. Función Asistencial.** La persona requiere para su subsistencia de asistencia cuando ésta requiera, que es deber y obligación de la familia y del Estado Ecuatoriano a cumplir con estas obligaciones, por cuanto hay cierta asistencia que no puede otorgarse en el hogar, y en este caso está llamado el Estado a intervenir, como por ejemplo en el caso de la asistencia médica, educativa, vivienda, recreativa.

**d. Función Recreativa.** Esta función es indispensable tanto para el recreo y esparcimiento como para la vida integral de la familia, procurando el Estado otorgar los medios para llenar este requerimiento como son espacios físicos, parques, lugares históricos, centros de diversión, canchas deportivas, y en fin lugares turísticos para el esparcimiento, integración y recreación familiar.

**e. Función Social.** Es obligación primordial de los padres la educación y orientación como asimismo provocar condiciones favorables para que sus integrantes desarrollen sus actividades dentro de cierto grupo social o comunitario con muestras de libertad, afecto, solidaridad, dejando su huella personal con aportes que permitan fortalecer o superar ciertas problemáticas.

**f. Función Económica.** Es una de las de mayor trascendencia, ya que los padres tienen que atender ciertas necesidades económicas de grupo y las de cada uno de sus miembros. Todo ser necesita de bienes para subsistir e invertir para su subsistencia, como es: alimentación, vestuario, asistencia médica, lugar donde vivir, medios de transporte, educación mediante la concurrencia a establecimientos, lo que exige de cuantiosos recursos económicos. En este aspecto se ha originado un problema actual social laboral, ya que algunas familias de escasos recursos han obligado en unos casos y en otros han permitido que los niños a su tierna edad se conviertan en instrumentos de trabajo remunerativo. Esta función generadora de responsabilidades entre los cónyuges entre sí, y hacia sus hijos, ha originado un elevado índice de divorcios, migración y desintegración familiar.

### **Definición de tenencia.**

Al iniciar este segundo capítulo es necesario puntualizar aspectos esenciales como la definición de tenencia.

El jurista Fernando Albán, considera que: “La tenencia constituye un acto de confianza, para que sin perjuicio del ejercicio de la referida patria potestad la ejerzan los padres”<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> ALBÁN, Fernando, “Derecho de la Niñez y la Adolescencia”, Quito-Ecuador, II Edición, Editorial Publicaciones de Legislación, 1995, Pág. 133.



El tratadista Héctor Horbe, en cambio manifiesta que: “La tenencia del menor cuando pertenece a un hogar integrado, corresponde a los padres de familia quienes con su autoridad paterna y materna ejercerán la protección a la vida”<sup>63</sup>

De conformidad al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, indica que: “En la filiación lo constituye no el alumbramiento, aunque sea otra acción de tener, sino la autoridad sobre la prole menor de edad en caso de ruptura conyugal o de resquebrajamiento de la patria potestad”<sup>64</sup>

Considero que la tenencia se origina frente a las disposiciones jurídicas establecidas y por resolución del juez competente observando las reglas puntualizadas para el efecto, el mismo que delega a determinada persona la confianza para que cuide y proteja al menor, con el ánimo de que el niño pueda desarrollar y efectuar su convivencia en un ambiente familiar confiable y estable.

Quiero emitir un concepto personal en relación a esta figura jurídica de suma importancia en el derecho de familia, la tenencia consiste en el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que tiene que cumplir en forma eficaz, oportuna y responsable el padre que tiene bajo su cuidado la protección y crianza del menor.

A fin de tener una idea clara, quiero enunciar quienes son sujetos de la patria potestad: **1.** Los hijos menores de edad resultado del matrimonio civil o putativo no emancipados; **2.** Los hijos legítimos por el acto de matrimonio ora por el

---

<sup>63</sup> ORBE, Héctor, “Derecho de Menores”. Edición de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador, 1995, Pág. 237.

<sup>64</sup> CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993, Pág. 379.

hecho del reconocimiento voluntario o por la declaración judicial; y, **3.** Quienes hayan procedido a la adopción.

**Diferencia entre tenencia y patria potestad.** La utilización de estos dos términos jurídicos es considerable en las relaciones interpersonales de la familia como en las relaciones jurídicas y judiciales, por lo tanto se vuelve imperativo ubicarnos y establecer diferencias.

La Tenencia, considero que consiste en la decisión judicial en virtud de la cual el juez competente encarga el cuidado y crianza del menor de edad a uno de los padres sin menoscabar el ejercicio conjunto de la patria potestad y sin perder varios derechos y obligaciones que le corresponde al padre que no se le ha confiado su cuidado.

A la patria potestad en tratadista Cabanellas la define como el: “Conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados”<sup>65</sup>

Miguel Fenech, dice que: “Es el conjunto de facultades y deberes que sobre la persona y los bienes de los hijos no emancipados corresponde al padre de familia”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, 1993, Pág. 297.

<sup>66</sup> FENECH, Miguel, “Enciclopedia Practica del Derecho”, Volumen V, Primera Edición, Pág. 250

El Diccionario Enciclopédico Jurídico, al referirse a la patria potestad, manifiesta que: “Es la autoridad que las leyes dan al padre sobre las personas y los bienes de sus hijos legítimos”<sup>67</sup>

La definición en relación a los actos y terminología de la patria potestad ha ido evolucionando con el pasar del tiempo, pero sin cambios que puedan afectar y trastornar los principios elementales de la familia, nuestro Código Civil, define como “El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres en relación a ellos, padres de familia”<sup>68</sup>, cuando establece el conjunto de derechos, amplia extensamente estos sin limitaciones, y específica que es sobre los hijos no emancipados, siendo aquellos que no cumplen aún los dieciocho años y que dependen de los padres.

En relación a la emancipación nuestro Código Civil, nos establece varios criterios y reglas en relación a esta figura, resumiendo a mi criterio como sigue: **1.** La emancipación da fin a la patria potestad; **2.** La emancipación puede ser: voluntaria, legal o judicial; **3.** La emancipación voluntaria se efectúa a través de instrumento público en el que el padre y madre declaran emancipar al hijo adulto y este consiente y acepta la emancipación; **4.** La emancipación legal se efectúa en cambio **a).** Por la muerte del padre cuando no existe la madre; **b).** Por el

---

<sup>67</sup> GOYENA, Felipe, “Diccionario Enciclopédico Jurídico Omeba”, Tomo XXI, 1987, Madrid-España, Pág. 825

<sup>68</sup> CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito-Ecuador, 2005.

matrimonio del hijo; **c**). Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente; y, **d**). Por cumplir los dieciocho años de edad, y **4**. La emancipación judicial, que se efectúa mediante sentencia del juez, cuando ambos padres incurren en los siguientes casos: **a**). Cuando maltraten en forma diaria o habitual al hijo, los mismos que causen daño o peligré su vida; **b**). Cuando hayan abandonado a su hijo; **c**). Cuando ejecuten actos de depravación y no estén capaces de ejercer este derecho de la patria potestad; **d**). Cuando se dicten sentencia judicial ejecutoriada, que declare culpables de un delito que se aplique la pena de cuatro años de reclusión u otra igual o de mayor gravedad.

Las normas que regulan la patria potestad se encuentran establecidas en las disposiciones legales del Código en referencia del artículo 283 al artículo 307 de la codificación vigente.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Título II, De la Patria Potestad, en su artículo 105, nos da el concepto y varios contenidos de este término y dice: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referente al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”, de esto se desprende que los padres no solamente tienen derechos sobre los hijos no emancipados, sino que lo lógico es que antes de estos derechos tienen que cumplir con varias obligaciones como padres para perfeccionar la protección de la familia y por ende la de sus hijos, y tiene que velar desde la concepción, luego en su nacimiento y desarrollo en lo relativo a la asistencia médica, alimenticia, educativa, vivienda,

vestimenta, y otras para su bienestar, efectuando estas en un ambiente familiar organizado para que no perjudique los intereses del menor no emancipado.

Con estos antecedentes quiero llegar a establecer las principales diferentes que existen entre estas dos grandes figuras jurídicas:

1. La tenencia consiste en el encargo que realiza el juez competente a uno de sus padres o familiares para el cuidado o crianza del niño, niña o adolescente, es decir el menor de edad. En cambio la patria potestad comprenden los derechos y obligaciones de los padres en relación con la representación legal del menor no emancipado y la administración y usufructo de sus bienes, la misma que será ejercida siempre en beneficio de los hijos; ya sea por motivos de separación, divorcio o ausentismo de uno de los progenitores. Con la característica que la patria potestad no puede ser entregada a uno sólo de sus progenitores, sino que es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los menores y el usufructo de los bienes de los hijos menores de edad no emancipados, debiendo atenerse siempre a las disposiciones legales. Excepto cuando uno de los dos sea limitado, suspendido o privado, no pudiendo ejercerla.

2. La tenencia de los menores de edad corresponde a los padres, cuando este es un hogar constituido y organizado, de lo contrario bajo mutuo acuerdo o resolución judicial, se tiene que encargar el cuidado y crianza a uno de los padres, prevaleciendo siempre el interés superior del menor. En cambio todo lo

contrario ocurre con la patria potestad, donde los dos es decir marido y mujer ejercen la patria potestad sobre el menor que se encuentren legalmente organizados ya sea mediante matrimonio o unión de hecho.

**3.** La patria potestad, es la representación legal que ejercen los padres en relación a los hijos menores de edad no emancipados, esto independientemente de quien tenga la tenencia

**4.** El hecho que el padre que no tenga la tenencia del menor, no le priva de los derechos y obligaciones que tiene que cumplir en su calidad de progenitor.

**5.** En la patria potestad, el hecho del fallecimiento de uno de los cónyuges, ya sea el hombre o la mujer, quien ejerce la patria potestad es el conyugue sobreviviente. La tenencia de igual manera se trasfiere, la responsabilidad del cuidado y crianza le corresponde a quien por su naturaleza sobrevive.

**6.** En la patria potestad quienes la ejercen están facultados para la administración y usufructo de los bienes del menor, siempre que se adopten medidas que no afecten a los intereses del menor. En cambio quien ejerce la tenencia del menor, no puede tomar dichas decisiones en forma unipersonal.

**7.** En caso de ausencia y resolución judicial la tenencia se la puede transmitir a otra u otras personas. Este hecho no extingue la obligación de los padres en relación a la patria potestad.

**La custodia compartida** es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio ambos progenitores ejercen la custodia compartida de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos. Este tipo de custodia la establece, en su caso, el juez en la sentencia que dicte las medidas aplicables a la separación o divorcio.

Por otro lado se contrapone a la figura de la custodia monoparental, que es la usual en países de raigambre latino. En caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos. En algunos casos esta solución del conflicto pos conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Pero hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental en el menor y el dolor de éste por no contar con uno de sus progenitores. Es por ello que surge la opción supuestamente superadora de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas, aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando.

**Fundamentos en favor de la tenencia o custodia compartida.**

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que, en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos. Según algunos especialistas, en las guardas y custodias donde no existe custodia compartida, el desarrollo del menor es notablemente menor, y los conflictos emocionales se desarrollan en él por el resto de su vida. Algunos consideran que existe un derecho natural, que en algunos países llega a ser también constitucional, que defiende que los padres e hijos deben vivir estrechamente relacionados. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos humanos como LA ONU apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño. Sólo algunos estados europeos, como España e Italia, no apelan a la custodia compartida obligatoria, lo que genera graves problemas de relaciones entre los padres y generalizándose el síndrome de alienación parental. Esta dramática situación de desprotección a los niños da el poder total a la madre o al padre, que en algunos casos obtiene así la protección de la ley y que, en otras, usa este recurso para manipular a su ex pareja y producir daños emocionales en el niño, en la familia paterna o materna y, por extensión, en la propia madre y en la familia materna, o viceversa.

## **7. METODOLOGÍA.**

Por la categoría que encierra la presente investigación científica jurídica, se vuelve necesario auxiliarme del método científico el mismo que me permitirá acercarme al conocimiento de los fenómenos que suceden respecto a la carencia de datos en los documentos personales de identificación y de identidad y



ciudadanía, esto a través de la armonía entre la reflexión comprensiva y la fusión intrínseca con la realidad objetiva de los actos directos ocasionados y efectos negativos para el Estado Ecuatoriano, respecto a sus recursos administrativos, humanos y materiales, perjudicando el desarrollo armónico y la estabilidad entre sujeto activo portador de un documento, actos administrativos del sector público y el Estado. En tal virtud; esta investigación se basará en el método científico, así como en el método general del conocimiento. De igual manera me serviré del método inductivo y deductivo, los mismos que me permitirán enfocar asuntos doctrinarios, de juristas, de estudiosos del derecho, como de aspectos históricos, partiendo de lo general a lo particular y de lo específico a lo general para un mayor entendimiento de la temática, utilizaré el método comparativo ya que me permitirá comparar hechos históricos internos de nuestro país e internacionales con otras legislaciones en materia de datos de inscripción y documentos como es la cedula de identidad y de identidad y ciudadanía, y por obedecer a una investigación analítica utilizaré además la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que sean necesarios.

Me será de gran ayuda, las técnicas adecuadas para la recolección de la información tales como las fichas bibliográficas y nemotécnicas, realizaré un total de 30 encuestas las mismas que irán dirigidas especialmente a Magistrados, Jueces y Funcionarios de la Corte Provincial de Justicia, a profesores afines a la materia y problemática; y, Abogados en libre ejercicio de la profesión, que tengan conocimiento del problema, asimismo aplicaré 5 entrevistas dirigidas al Jefe y funcionarios del Registro Civil, a estudiosos del derecho especialistas, a médicos, este trabajo de campo, me permitirá acopiar información, auscultar y

conocer sus criterios, para luego procesarlos, y presentarlos en cuadros, gráficos, resultados y análisis, siéndome de gran ayuda para mis objetivos y propuesta.

Los resultados de la investigación recopilada durante la investigación serán expresados en el informe final que contendrá los diversos aspectos en una tabla de contenidos, bien estructurada conforme la normativa de graduación del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

Para una mejor comprensión, procederé a la verificación de los objetivos propuestos, asimismo cimentare mi estudio con argumentación teórica, doctrinaria, normativa y de campo, las mismos que me permitirán probar argumentadamente la fundamentación de mi propuesta de reforma. Mi estudio, me permitirá efectuar la contrastación de la hipótesis planteada, y por último arribaré a las conclusiones, recomendaciones y propuesta de proyecto de reformas encaminado a la solución del problema socio jurídico planteado.

## 8. CRONOGRAMA.

### AÑOS 2015-2016

Nro. Orden	Actividades	octubre noviembre diciembre	Enero febrero	Marzo abril	Mayo junio	Julio
		2014	2015	2015	2015	2015
01	Selección del y problema	X				
02	Elaboración del Marco Referencial, Justificación y Objetivos	XX				
03	<b>Diseño</b> del Proyecto de tesis	XXX				
04	Trámite de Aprobación de Proyecto de tesis	XXXX				
05	Acopio de información Bibliográfica		XXXXXX			
06	Investigación de Campo		XXXXXX			
07	Presentación y análisis de los resultados de la Investigación			XXXXXX	XXXXXX	
08	Redacción del borrador de tesis				XXXXXX	XXXX
09	Redacción del informe final					XXXX

### 8.1. Presupuesto y financiamiento.

**Recursos humanos.** Tutor Director de tesis, postulante, encuestados, entrevistados, operadores de justicia.

**Postulante:**

**Director de tesis:** Por designarse

**Encuestados:** 30 personas seleccionadas por muestreo

**Entrevistados:** 5 Especialistas.

### 8.2. Recursos materiales.

<b>Recursos</b>	<b>Costos en \$</b>
Material bibliográfico	600,00
Utiles de escritorio	300,00
Fotocopias	100,00
Impresión de texto	200,00
Movilización	500,00
Derechos de tramitación	50,00
Imprevistos	400,00
<b>Total.</b>	<b>\$ 2.150,00</b>

### 8.3. Financiamiento.

Los gastos que se constituyen en inversión económica, desde la planificación, ejecución y graduación en sus diferentes fases y costos, se financiará con recursos propios del proponente.

## 9. BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ ALBALEJO, Manuel, Curso de Derecho civil, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona España, año 1982.
- ❖ ARIAS, José, Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Kraft, Barcelona España, año 1952.
- ❖ BELLUSCIO, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, año 1981.
- ❖ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Heliasta, Argentina Buenos Aires. 1996.
- ❖ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2008.
- ❖ CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Ecuador, 2013.
- ❖ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Año 2005.
- ❖ CODIGO ORGANICO DE LA FUNSION JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Ecuatoriana, 2012.
- ❖ DIAZ DE GUIJARRO, Enríquez, Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, Tipografía, Editorial Argentina, Buenos Aires, año 1953.
- ❖ D'ANTONIO, Daniel Hugo, Patria Potestad, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1979.
- ❖ GUZMÁN LARA, Aníbal, DICCIONARIO EXPLICATIVO DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1992.

- ❖ LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, enero 2007.
- ❖ SÁNCHEZ PADILLA, Edwin Patricio, PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANO, Editorial Oficina de Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Proyecto Ecuador 2001.
- ❖ SANCHEZ ZURATY, Manuel, “DICCIONARIO BÁSICO DE DERECHO”, Editorial Casa de la Cultura Núcleo de Tungurahua, Ambato, 1989.
- ❖ OMEBA, Diccionario de Jurisprudencia, Editorial Omeba, 36 Tomos Madrid.
- ❖ PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Volúmenes I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España, año 1957.



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

Con una deferencia y respeto especial me permito dirigirme a usted, a fin de solicitarle su colaboración, emitiendo su valioso criterio, respecto a las interrogantes previas a obtener información del trabajo de investigación intitolado: **“CONVENIENCIA DE RECONOCER EN LA LEGISLACION ECUATORIANA LA TENENCIA COMPARTIDA, EN APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BUEN VIVIR Y EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR”**, el mismo que constituirá un aporte al derecho.

**CUESTIONARIO:**

1. ¿Considera usted, conveniente reconocer en la legislación ecuatoriana la tenencia compartida, en aplicación del principio de interés superior del menor?

SI (     )                                 NO (     )

¿Por qué.....  
.....  
.....

2. ¿Considera usted que las disposiciones jurídicas existentes en el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia son incompletos y perjudiciales para el interés superior del niño?

SI (     )                                 NO (     )

¿Por qué?.....  
.....  
.....

3. ¿Considera usted que las disposiciones en el Código Civil y de la Niñez y Adolescencia, son atentatorias con el principio de igualdad de derechos y oportunidades conforme a la ley?

SI (     )                                 NO (     )

¿Por qué?.....  
.....  
.....

4. ¿Considera usted, que el Código Civil y el de la Niñez y Adolescencia atenta al principio constitucional de igualdad de derechos y oportunidades al omitir la tenencia compartida?

SI ( )

NO ( )

¿Por qué?.....

.....  
.....

5. ¿Considera usted necesario reformar el Código Civil y el de la Niñez y Adolescencia, respecto a la tenencia compartida, que permita aplicar una justicia igualitaria y justa?

SI ( )

NO ( )

¿Por qué?.....

.....  
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



## INDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN .....	ii
AUTORÍA .....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN .....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
DEDICATORIA .....	vi
TABLA DE CONTENIDOS .....	vii
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN .....	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN .....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA .....	10
4.1. MARCO CONCEPTUAL .....	10
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	39
4.3. MARCO JURÍDICO.....	61
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA .....	73
5. MATERIALES Y MÉTODOS .....	79
6. RESULTADOS .....	81
7. DISCUSIÓN .....	90
8. CONCLUSIONES .....	95
9. RECOMENDACIONES.....	97
9.1. Propuesta de Reforma.....	99
10. BIBLIOGRAFÍA .....	104

11. ANEXOS .....	108
ÍNDICE .....	137