UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR

Leyton Adrian Urvina Ocampo

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller

LOJA – ECUADOR

2017

CERTIFICACIÓN

DR. IGOR EDUARDO VIVANCO MÜLLER MG, SC.
DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el trabajo de Titulación **"LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES"**, realizado por LEYTON ADRIAN URVINA OCAMPO ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Abril del 2017

.....
Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.
Director De Tesis

AUTORIA

Yo, Leyton Adrian Urvina Ocampo, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo de manera expresa 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 de la Biblioteca Virtual.

Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Firma: _____

Cédula: 1500844012

Fecha: Loja, Abril del 2017

CARTA DE AUTORIZACIÒN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÒN PARCIAL O TOTAL Y APLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Leyton Adrian Urvina Ocampo, declaro ser autor de la Tesis titulada: **"LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES"** como requisito para optar por el Grado de Abogado: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital e Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y en el 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 21 días del mes de abril del dos mil diecisiete, firma el autor:

Firma.....

AUTOR: Leyton Adrian Urvina Ocampo

CÉDULA: 1500844012

DIRECCIÒN: Tena, Barrio: Bellavista Alta, Calles: 12 de Febrero y Cuenca

CORREO: adr_1104_92@hotmail.com

TELEFONO: 0987728015

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Igor Eduardo Vivanco Muller Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.	(Presidente)
Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc.	(Vocal)
Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.	(Vocal)

DEDICATORIA

Esta Tesis está dedicada a Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mi hijo por ser el motivo y fortaleza para superar los obstáculos que a diario se presentan en la vida cotidiana

A mi familia por quienes cada día tiene sentido, los testigos silenciosos de mi lucha cotidiana en busca de un mejor futuro, a ellos, mi esperanza mi alegría, mi vida y la culminación de este trabajo y lo que representa.

A mis padres por darme la vida, quererme mucho, creer en mí y porque siempre me apoyaron.

Leyton Adrian Urvina Ocampo
El Autor

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, que me acogió y me ha dejado las mejores enseñanzas.

Mi Gratitud a la Unidad de Educación a Distancia, que nos ayudó a continuar nuestra carrera educativa.

A la Carrera de Derecho por brindarme la oportunidad de adquirir conocimientos tanto teóricos como prácticos, que los aplicare en mi vida personal y profesional.

Agradezco de manera muy especial ala Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller, Director de Tesis, quien con su conocimiento ha sabido guiarme para concluir mi trabajo de investigación.

Leyton Adrian Urvina Ocampo

1. TÍTULO.

“LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES”

2. RESUMEN.

La Tenencia Compartida es una figura legal que ha tomado fuerza últimamente como un mecanismo de resolver conflictos o de una manera más equitativa se deleguen responsabilidades a sus progenitores con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas. Si partimos de la premisa que las obligaciones y responsabilidades con respecto al menor son del padre y la madre así lo estipula el artículo 100 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. La Constitución de la República en su Art. 66 numeral 4, establece el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, al analizar una ruptura o separación de los padres de una forma automática por así decirlo, la custodia de los menores queda a cargo de la madre conforme las reglas establecidas en el artículo 108 inciso tercero numeral 1) del Código Civil, dejando de lado los derechos del padre que en este caso no se encuentra en igualdad de condición frente a la mujer, es necesario reconocer que la madre si bien mantiene la formalidad tácita de la educación por medio del habla esta puede ser desarrollada por los padres en igualdad de condiciones, y como tal se debe de garantizar que este pueda acceder de manera oportuna, legal y equitativa a la custodia de los hijos. Esto ha determinado que una de las partes obtenga cierta ventaja, si tomamos en cuenta que las obligaciones parentales deben ser iguales con respecto a los derechos debe ser en la misma proporción establecidos como visitas, tenencia y custodia, es ahí donde una de las soluciones a ese tipo de conflictos es la tenencia compartida.

En nuestro país se ha iniciado a través de movimientos masculinos el debate de este tema pero prácticamente existe poco aporte jurídico o estudios que permita viabilizar este tipo de propuestas que mejorarían la convivencia entre progenitores y de la sociedad que es en sí uno de los fines de las leyes.

La presente investigación tomará en cuenta las distintas variantes sociales y jurídicas en torno a la Tenencia, los efectos que esto genera por la disputa de la custodia del menor o de la menor, por la falta de otros elementos jurídicos que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos.

Por lo tanto, el problema a investigar que se suscinta de la siguiente manera: “La inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social”. Por lo expuesto, considero que sería necesaria una reforma al actual Código Orgánico de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, específicamente al Título III, de la Tenencia, ya que dicha problemática debe ser investigada facilitando la introducción de nuevas alternativas de solución al mismo.

2.1. ABSTRACT.

Shared Tenure is a legal concept that has gained strength recently as a mechanism to resolve conflicts or more equitably responsibilities are delegated to parents regarding the care and custody of her children. If we start from the premise that the obligations and responsibilities regarding the child are the father and mother so stipulated in Article 100 of the Code of Children and Adolescents. The Constitution of the Republic in Art. 66 paragraph 4, it establishes the constitutional right to equality before the law but that vanishes when a break or separation of parents in an automated way as it occurs, custody of minors is by the mother according to the rules laid down in Article 108 third paragraph paragraph 1) of the Civil Code. This has determined that one of the parties get an advantage, if we consider that parental obligations must be equal with regard to rights must be in the same proportion established as visits, custody decisions, that is where one of the solutions to such conflicts is shared tenure.

In our country has begun through male moves the debate on this issue but practically there is little legal contribution or studies that allow viable such proposals that would improve the coexistence between parents and society which is itself one of the purposes of laws.

This research will take into account the different social and legal variants around Tenure, the effects this generated by the dispute over child custody

or less, for lack of other legal elements leading to the best compromise solution about the rights and responsibilities of parents over their children.

Therefore the problem to investigate the as follows: "The inflexibility of the right to custody of children generates these feel little emotional affection for one parent and therefore this causes negative effects on their social future". For these reasons, I believe that a reform of the current Organic Law on the Family, Women, Children and Adolescents, specifically Title III Tenure would be necessary as this problem should be investigated facilitating the introduction of new alternative solutions to the same .

3. INTRODUCCIÓN

En el mundo del trabajo surgen nuevos planteamientos conducentes a establecer modificaciones o cambios a la normativa de familia, sobre el régimen legal que regula el derecho a la Tenencia de los hijos e hijas en nuestro país y las deficiencias jurídicas que afectan en las decisiones objetivas de los jueces competentes.

Para su tratamiento se ha partido de un estudio jurídico, crítico y doctrinario de los efectos negativos que conlleva el otorgamiento de la Tenencia a solo uno de los progenitores.

En el marco de la investigación de campo, se ha receptado el criterio que tienen los abogados, sobre la necesidad recurrente de modificar o considerar cambios legales que permita llevar una solución más viable para los litigios de tenencia de menores, afecta el interés superior del niño, lo cual impide un buen desarrollo emocional y afectivo de los hijos e hijas con sus padres, en las que además los que se beneficien sean todos los integrantes de la familia en el Ecuador, hace que se generen más perjuicios de los cuales el más afectado es el menor de edad.

Para el desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: Marco conceptual: Progenitor, padre, madre, hijo, tenencia, compartida, responsabilidad, falta de regulación norma legal, interés superior

del niño, perjuicios, emocionales, derecho de familia; Marco Doctrinario: El derecho de tenencia de los hijos, decisiones de los jueces en conceder la tenencia a uno de los progenitores, el interés superior del niño y la tenencia compartida entre los padres del menor; marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil; Legislación Comparada: México.

El trabajo de campo está dirigido a profesionales del derecho en libre ejercicio aplicando formatos de encuesta, que procedo a la elaboración de cuadros estadísticos, gráficos, e interpretación de los mismos.

Luego de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de la encuesta.

En la discusión procedí con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta mi propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma legal.

De esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. PROGENITOR

El progenitor se menciona o se habla de quien aporta junto a una mujer para formar o dar vida a un hijo, se considera un término supuestamente machista en la cual se hace referencia al varón que dentro de una relación sexual incide para dar vida, en pocas palabras se suscribe al padre.

Para Víctor de Santo, progenitor es ***"El padre o madre. Por extensión, cualquier otro ascendiente en línea recta"***[1]

Progenitor es la persona que biológicamente concibe un hijo, esto en relación del padre hacia sus hijos, diferenciándose de la palabra padre a que éste último término se encamina a comprender a la persona biológica o por adopción.

Manuel Ossorio, se refiere a ascendientes señalando que:

> ***"Con relación a una persona, sus antepasados en las líneas rectas masculina y femenina, tanto por parte del padre como de madre. Así los ascendientes en primer grado son los dos padres;***

[1] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 783

***en segundo grado los cuatro abuelos; en tercer grado ocho bisabuelos, y así sucesivamente*"**[2]

El progenitor son los padres de una persona, refiriéndose así a los biológicos, en diferencia a los adoptivos, que son los que los afilian como suyos, pero siguen teniendo los mismos derechos como si fueran suyos biológicamente, con los demás ascendientes hacen referencia a su grado de parentesco.

El progenitor aporta para la generación de vida aunque la mujer es la que más relación directa tiene en la gestación, parto y alimentación del menor.

4.1.2. PADRE

Galo Espinosa Merino, expresa que padre es **"*Varón o macho que ha engendrado. Varón respecto de sus hijos*"**[3]

Padre es la persona ascendiente en relación con los hijos, son lo que dan vida y se encuentran en representación, por edad, de sus hijos, y es el que solventa y se encuentra al frente de la familia.

Para Manuel Ossorio, padre es el:

---

[22] OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 101

[3] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 525

"Varón que ha engendrado a otra persona y que con arreglo a ella se encuentra en el primer grado civil de parentesco de la línea recta masculina ascendiente, como de la madre, lo es de la línea femenina. De la relación paterno filial se derivan diversas obligaciones y derechos, principalmente los que se refieren a la patria potestad, a la prestación recíproca de alimentos, a las sucesiones legítimas, a los deberes de asistencia, al consentimiento matrimonial de los menores de edad, a la corrección, a la transmisión de apellido y al nombramiento de tutor, entre tantísima más"[4]

El padre es la persona en referencia a la que engendra con la unión de una mujer, del que se crean un vínculo de parentesco, que de acuerdo a la legislación civil pertenece al primer grado de consanguinidad, y en relación a la familia y sociedad adquieren derechos y obligaciones, los que se refieren a la patria potestad esto de la autoridad que tiene sobre ella, a la tenencia del cuidado que debe darse a sus hijos, de los alimentos recíprocos en conjunto con la madre durante la niñez de sus hijos hasta la adultez, en relación al consentimiento matrimonial en nuestra legislación ya no entraría, porque para casarse se necesita la mayoría de edad, por las últimas reformas que se hicieron en el Código Civil. Como familia el padre es el cabeza de la misma aunque no sean hijos de él, como los adoptivos, o los padrinos a los cuales asumen roles de protección en calidad de padre.

[4] OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 669

4.1.3. MADRE

Mabel Goldstein indica que madre es la ***"Mujer que ha tenido uno o más hijos cuya relación de parentesco es la de consanguinidad de primer grado en línea recta femenina, ascendiente o descendente"***[5]

Madre es la persona femenina, entendida la que da a luz a un ser, que en el momento de concebir se denomina madre en relación a la maternidad, del cual también tienen derechos y obligaciones que cumple dentro y fuera de la familia. La madre es el ser prodigioso de la sociedad, porque de ella depende de la vida, de la crianza, de la educación, de los valores y el respeto que se tiene como hijo de cualquier persona.

Para Manuel Ossorio madre es:

> ***"La mujer que ha tenido uno o más hijos, En relación con el hijo, constituye el primer grado del parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendiente. La condición de madre trasciende a diversas instituciones jurídicas. Así, en el derecho civil, se relaciona, en primer término, con la condición legal de los hijos, ya que según sea el estado civil de la madre en el momento de la concepción y del parto, y también sus circunstancia y las del hombre de quien tuvo el hijo, éste tendrá***

[5] GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTO MAGNO. Círculo Latino Austral S.A. Buenos Aires-Argentina. 2008, p. 364

una u otra calificación: legítimo, natural, adulterino, incestuoso, sacrilegio, máncer"[6]

La madre es la mujer que a través de la fertilización abarca en su vientre al hijo/a, al cual acoge con la finalidad de formarlo, nutrirlo hasta su formación total por el lapso de 9 meses o menos dependiendo del riesgo de la gestación para dar inicio de la vida de un nuevo ser, la madre al momento de su gestación no mira relación social, económica para sostener y proteger el fruto que se encuentra en su ser, ésta es la que cría a sus hijos, porque de ella requieren para un mejor crecimiento y salud de su leche materna, obligatorio científicamente hasta los seis meses, aunque pueden amamantar más tiempo dependiendo de su condición física y tiempo para ello. Hay que indicar que ningún calificativo con que engendró a su hijos, ya sea de forma legítima con su esposo en matrimonio, natural cuando está soltera, adulterio cuando procrea de otro hombre que no sea su esposo, le puede quitar su consideración de mamá que le da una trascendencia de mujer para con sus hijos como familia y la sociedad visto su condición de criarlos y educarlos durante las etapas que el niño lo requiere. En cuanto a la tenencia nuestra legislación establece que el cuidado de los menores se otorga a ella, porque es quien de manera natural y que mejor cuida de sus hijos.

[6] OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 565

4.1.4. HIJO

Galo Espinosa expresa que hijo es la **"*Condición y calidad de una persona o animal, respecto de su padre o madre. Cualquier persona respecto del reino, provincia o pueblo de que es natural.*"**[7]

El hijo es la persona que desciende de una madre y padre, del que tienen derechos, por cuanto en desde la concepción de la madre requiere del cuidado de ésta, y más aún luego del parto, porque una persona recién nacida no se puede solventar por sí misma, sino con la ayuda de su madre, y en especial de su amamantamiento, que la leche materna en vital para su crianza y buen salud que tenga en lo posterior de su vida, ya que no hay mejor vida que la que recibe de su madre la leche materna.

Víctor de Santo señala que hijo es la ***"Persona respecto de su padre o de su madre"***[8]

El hijo es el descendiente de un padre y una madre, de quienes han recibido la vida en este mundo, al cual tienen derechos como la vida, el cuidado, la protección, alimentación, salud, educación, por mencionar unos ejemplos, quienes son responsables del cuidado de sus hijos, y éstos deben obediencia hacia sus padres.

---

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

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

4.1.5. TENENCIA

Se menciona como tal a la acción de cuidado, cercanía, protección que tienen hacia los hijos aquel que ejerce la tenencia es decir la asignación otorgada por consenso o legalmente para su análisis debemos recurrir a los siguientes enunciados:

Víctor de Santo expresa que:

> ***"En tanto la familia permanece física y espiritualmente unida, este tema no suele suscitar problemas. La situación se torna conflictiva cuando los progenitores por distintas causas ya no conviven. La patria potestad, en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, corresponde al padre o a la madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. En estos casos, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y de educarlos, aunque la tenencia sea ejercida por uno de ellos."***[9]

La tenencia es la institución con que los padres deben del cuidado de sus hijos, esto se observa por lo general en la separación de los padres, donde

[9] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 912

el cuidado de los hijos determina la tenencia y la responsabilidad de cuidarlos, criarlos, educarlos, darles buenos valores de manera que viven con los hijos directamente, y el otro progenitor debe dar lo necesario para el sustento de los hijos, quienes tienen el derecho a la visita, privándole del cuidado que se le otorgó a la otra parte.

Mabel Goldstein indica que tenencia es el ***"Derecho de convivencia que se otorga a uno o ambos padres respecto de los hijos menores de edad, en los supuestos de divorcio o separación matrimonial, que no implica pérdida de los deberes y derechos derivados de la patria potestad"***[10]

La tenencia es uno de los derechos que se le da un padre o madre sobre el cuidado de los hijos, del que se deriva por divorcio entre los cónyuges, separaciones de unión libre o hecho, y que trae inconvenientes en el momento de determinar a quién le corresponde el cuidado, que por ley le otorga a la madre de las niñas de cualquier edad, y de los varones hasta los 14 años de edad. Problemas de surgen y llevan consigo de índole sentimental y alejamiento de uno de los padres y de familiares de éste, que por lo general recibe solo visitas horarias, que no le significa una tenencia compartida del cuidado de los hijos.

[10] GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTO MAGNO. Círculo Latino Austral S.A. Buenos Aires-Argentina. 2008, p. 545

4.1.5.1. TENENCIA COMPARTIDA

"*La responsabilidad compartida se conoce como corresponsabilidad. Esto quiere decir que dicha responsabilidad es común a dos o más personas, quienes comparten una obligación o compromiso.*"[11]

Se llama tenencia compartida cuando en la separación o divorcio de los padres, se otorga el cuidado de sus hijos a sus dos progenitores, en la cual tienen responsabilidades no solo de aportar económicamente a sus hijos por parte de uno, sino de los dos, y a la vez permite mantener un sentimiento de afecto que debe existir de hijos con los padres y viceversa, y también el acercamiento sentimentales que tienen con los abuelos tanto maternos como paternos, lo que beneficia a la autoestima que debe existir como familia.

4.1.6. RESPONSABILIDAD

Según el Dr. Galo Espinosa Merino en su obra titulada, la más práctica enciclopedia jurídica, referente al término, responsabilidad indica: ***"Situación jurídica derivada de una acción u omisión ilícitas, que consiste en la obligación de reparar el daño causado. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario"[12]***

---

[11] CORRESPONSABILIDAD: http://definicion.de/corresponsabilidad/

[12] MERINO ESPINOZA, Galo : La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito-Ecuador, 1987, p. 641

La responsabilidad es el encargo y trabajo que tiene una persona en relación a su condición que tienen como individuo frente a la sociedad como en el trabajo, o a la familia para con sus hijos, del que nacen derechos y obligaciones que cumplir. En la acción civil un perjuicio que ocasione, debe reparar los daños causados, en cuestiones familiares debe estar al frente de su familia y en lo principal de sus hijos para el cuidado y protección que requieren hasta que cumpla la mayoría de edad, así debe proporcionar lo básico para su manutención, alimentación, vestuario, educación, salud, vivienda entre lo principal, e inculcar buenos valores para que sus hijos sean en lo posterior de provecho y aporte a la sociedad.

Para Guillermo Cabanellas la responsabilidad es ***"obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado"***[13]

En cuanto a la responsabilidad que tienen los padres para con sus hijos, éstas, nacen por su relación que tienen como familia y que los unen para asumir derechos y obligaciones. En cuanto a los hijos, ellos deben tener el apoyo económico y emocional de sus padres, no solo los hijos requieren, en caso de separación de sus padres, el apoyo económico, sino la fortaleza que puedan dar sus padres para con los hijos y a la vez exista el cariño, que no se involucren de los inconvenientes de sus progenitores, sino que solventen ese espíritu de niñez que tienen y amor como familia lo requiere.

[13] CABANELLAS DE TORRES; Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Edición 1998, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina., 1998, p. 352

4.1.7. LA REGULACIÓN

La regulación para Manuel Ossorio es el ***"Ordenamiento o régimen de algo. Tasación de honorarios"***[14]

La regulación es la forma que dar, reglamentar para salvaguardar el régimen de conducta que tienen las personas. La falta de regulación conlleva a la vulneración de los derechos humanos que gozan las personas.

En el Diccionario de Derecho Romano y latines Jurídicos de Guillermo Cabanellas, sobre la regulación habla de regula, en la que indica que es ***"Regla jurídica más o menos amplia deducida de una ley o por un jurista, y que ofrece solución para un número de cuestiones"***[15]

La regulación debe estar debidamente legislado, esta potestad la tienen los asambleísta como órgano legislativo, que la Constitución le faculta que solo ellos pueden regular, reformar, derogar o modificar las leyes en virtud a las normas y principios constitucionales, del que por su omisión perjudicar la regulación de las normas de conducta y por lo mismo causa inseguridad jurídica, porque carecen de prevención y ser aplicables por las autoridades correspondientes.

---

[14] OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 827

[15] CABANELLAS, Guillermo Diccionario de Derecho Romano y latines Jurídicos, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 848

Claudia Storini, empresa que:

> ***"El material jurídico no lo componen de forma exclusiva datos lingüístico- normativos, sino también datos reales que hacen que, frente a la transformación de las relaciones sociales, el Derecho positivo vigente deba considerarse como inadecuado, siendo, por tanto, la única alternativa, la toma de conciencia de la productividad de la función interpretativa con el fin de controlar el espacio de juego que, de manera inexorable, los criterios de interpretación dejan al intérprete, pues la atribución a éste de amplios poderes no significa que dichos poderes deban ser utilizados de forma arbitraria, ni que se vea librado de la obligación de comportarse conforme a parámetros racionales y controlables"***[16]

La regulación dentro de lo jurídico es el ordenamiento de las leyes que deben regir cierto derecho y regular una actividad que debe estar determinado en la Ley o su respectivo reglamento. La falta de regulación, conlleva la inexistencia de un establecimiento de normas, reglas o leyes dentro de un determinado ámbito. Pues con ello no se puede cumplir con el objetivo de la regulación que es mantener un orden, llevar un control y garantizar los derechos de todos los integrantes de una comunidad.

[16] STORINI, Claudia, y otros: Perspectivas Constitucionales, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p, 6

4.1.8. NORMAL LEGAL

Efraín Pérez expresa que

> **"*La sumisión de la Administración a la Ley se realiza en virtud del principio de legalidad. El principio de legalidad stricto sensu se refiere a la llamada reserva de la ley, según el cual existen materias específicas, determinadas en la Constitución que pueden regularse solamente por la ley formal. Por otra parte el principio de legalidad en sentido amplio norma temas adicionales a aquellos señalados en la reserva de la ley, sobre materias específicas, contempladas en las normas generales de la Constitución, que consagran la separación formal u orgánica de funciones determinando las tareas que incumben a cada categoría de órganos*"**[17]

La norma legal es lo determinado el funcionamiento de un principio, o las condiciones en que se regula una acto, en el caso de acoso moral, se plantea que debe ser considerado la tenencia compartida por los inconvenientes jurídicos que se suscitan entre padre y madre y de quien se encuentra al cuidado y protección, lo que debe persistir es el compromiso mutuo de los padres para que los hijos no tengan inconvenientes de afecto

[17] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, tercera edición. Tomo I, Quito – Ecuador, 2009, p. 121

en relación a quien se encuentra bajo su cuidado y falta de afecto y amor de quien solo proporciona los medios económicos para la subsistencia.

4.1.9. EL INTERÉS SUPERIOR

> **"*El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.*"[18]**

El principio de interés superior del niños, se derivan que las acciones y procesos que los involucren deben garantizarse su protección integral, en la cual deben privilegiarse de cualquier otra circunstancia que conlleve el reconocimiento de derechos o su vulneración, no se trata que se vulneren los derechos de las otras personas sino que exista una ponderación de derechos en maximizar el bienestar posible para con los niños, niñas y adolescentes.

Fernando Albán Escobar manifiesta:

[18] http://es.wikipedia.org/wiki/Inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o

> **"*El interés del menor de edad prima sobre cualquier otro que se anteponga. Esta norma imperativa tiene que ser observada en el ámbito administrativo y judicial. Autoridades administrativas que tengan a su cargo la responsabilidad de ciertas políticas relacionadas con niños, niñas y adolescentes, no pueden soslayar el postulado de interés prevalente porque es el norte de su accionar. Del mismo modo, los juzgadores en todas las resoluciones emitidas deberán siempre velar porque impere el interés superior del menor.*"[19]**

El interés superior del niño es un principio de aplicación de derechos o protección en su vulneración en la cual las autoridades administrativas como judiciales deben privilegiar a estas personas frente a los demás en garantía al bienestar y a la integridad de los mismos.

Diego Zambrano Álvarez indica que

> **"*El interés superior del niño y de la niña, desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral, elimina los prejuicios tradicionalmente alimentados por el régimen precedente e incurre en una jerarquización abstracta entre derechos. Así, tanto niños, niñas, como adolescentes poseen además de los derechos atribuibles a todo ser humano, unos específicos en***

[19] ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia, primera edición, Germagrafic. S.A., Quito – Ecuador, 2003, p. 20

***consideración de su condición especial y natural. No obstante, cuando estas prerrogativas humanas llegasen a contraponerse, entre sí, se hará primar necesariamente aquella cuya titularidad recayere sobre la persona menor de dieciocho años.*"[20]**

En la aplicación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se busca su protección integral, desde este punto de vista sus norma privilegian a normas que se contraponen, esto se refiere al derecho que tienen como ser humano y a su condición especial y natural, especial porque no tienen una mayoría de edad y natural porque al carecer de ciertas obligaciones como adultos se protege de la naturaleza de ser aun menores de edad, en calidad de niño, niña y adolescente.

4.1.10. PERJUICIOS

Galo Espinosa Merino, señala que es **"*Daño que incide sobre integridad física o el patrimonio de una persona, y que, por tanto, es apreciable económicamente.*"[21].**

Perjuicio es el equivalente a un daño, del cual resulta de un hecho o acontecimiento llevado por la naturaleza o por la mano del hombre. Los perjuicios conllevan responsabilidades en la hora de reparar los daños, del

[20] ZAMBRANO ALVAREZ, Diego: Interés superior del niño y de la niña: puede consultarse: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2008/09/02/interes-superior-del-niNo-y-de-la-niNa

[21] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.142

que se calcula de manera económica que se encuentra regulada por la ley y aplicada por las autoridades correspondientes. En la tenencia de los hijos, cuando se otorga a uno de los padres, trae perjuicios emocionales para con el otro padre, y la familia de éste, como también para con los hijos que pierden o inculcan el desamor, en ciertos caso de quien solo debe proveer el medio económico para sus sustento.

Emilio Velasco Célleri señala que

> **"*Hay daño penal y daño civil. El vocablo daño, lleva a equivocaciones, inclusive en la aplicación jurídica, y sobre todo en el área penal, campo en el que designa o puede designarse tanto el mal implícito en la acción ilícita, como lo ocasionado en el mundo exterior. Para separar los dos conceptos, frecuentemente se confunde en la dogmática penal esta terminología por lo que Antolesey, ha propuesto una doble terminología, esto es, la de la ofensa para el mal que la ilicitud ocasiona en el orden jurídico, y el daño en el sentido estricto, para su efecto eventual y jurídicamente secundario. Se oponen a esta tesis, tratadistas como Carnelutti, que identifica sistemática ambas nociones, en una visión total de resultado de la infracción y lesión de interés, pero esto según Antonio Quintano, en el orden conceptual y en el positivo, la confusión es fácilmente salvable, dado que el daño de la lesión de interés jurídico, se***

***presupone en cada tipo de delito y el del estudio externo se ha de apreciar imperativo concreto de la norma penal.*"**[22]

El perjuicio deriva de un daño penal, cuando se comete una infracción sancionada y penalizada por las leyes penales, y de carácter civil, por la reparación de los daños causados. En la tenencia de los hijos conllevan peleas por la custodia, que la ley le determina a un solo conviviente, que por lo general es a la madre, pero esto perjudica en la manera cuando no estuvieron de acuerdo, que llevan a cabo riñas, que pueden ocasionar problemas psicológicos para con los hijos, y hasta a veces, ocasionan lesiones y hasta la muerte por no determinarse una responsabilidad compartida en el momento que se incorpore la tenencia de los hijos, trayendo con sido un daño penal y un daño civil que debe afrontar el padre que lo ocasionó.

4.1.11. DAÑOS EMOCIONALES

Para Mabel Goldstein emoción es el **"*Estado en que la personalidad experimenta una modificación por otra en un estímulo que incide en los sentimientos*"**[23]

[22] VELASCO CÉLLERI, Emilio: Sistema de Práctica Procesal Civil, Teoría y Práctica de la Acción de Daños y Perjuicios, Tomo VII, Colección Teoría y Práctica del Derecho, PUDELECO Editores S.A., Quito – 2005, p. 28

[23] GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTO MAGNO. Círculo Latino Austral S.A. Buenos Aires-Argentina. 2008, p. 245

Los problemas emocionales, por la peleas de custodia o tenencia de los hijos, es de significación para con los hijos, porque ellos se siente perjudicados a no tener o existir un desequilibrio de sentimientos entre padre y madre y con la familia de éstos, que muchos abuelos son los que más sufren por la separación de sus nietos por la carencia de una responsabilidad compartida en la custodia y tenencia de los niños, niñas y adolescentes en el seno familia.

4.1.12. DERECHO DE FAMILIA

Para Roberto Suarez Franco Derecho de Familia exterioriza que

> **"*La palabra matrimonio proviene de las acepciones latinas matris munium, que significan oficio de madre; este sentido atribuido a la palabra matrimonio tiene su origen, según las Partidas, en el hecho de que es a la madre a quien corresponde soportar los riesgos del parto y los mayores sacrificios que demanda la educación de los hijos.*"[24]**

La familia es un núcleo que se componen entre dos personas como la unión de un hombre y una mujer con la procreación de hijos, del cual se rigen por normas éticas y legales, asumiendo la familia derecho, a través de principios de normas e instituciones que regulan las relaciones de dichas personas y

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

su patrimonio de quienes integran la familia entre ellos y el respeto que tienen y se debe para con terceros, del cual nacen derechos y obligaciones que cumplir en la vida familiar.

Guillermo Cabanellas expresa que familia es

> **"*Por linaje o sangre, la constituye el conjunte de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. 1 Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, la "gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella". I Los hijos o la prole. 1 Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común, profesional, ideológica o de otra índole; y así se habla de la familia militar para referirse al ejército en general; y de modo más concreto a los que forman el escalafón profesional de la milicia. 1 Cualquier conjunto numeroso de personas. I También se aplica a los criados de una casa, vivan en ella o no.*"[25]**

[25] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.166

La familia es el grupo que se encuentra integrado por el padre, madre e hijos, que en la sociedad se considera como núcleo de ella, del que se compone por normas e instituciones que regulan las obligaciones y derechos que se tienen en la familia en relación a las relaciones humanas y cuestiones patrimoniales.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. EL DERECHO DE TENENCIA DE LOS HIJOS

El principio de protección se encuentra inmersa la integridad personas, y a criterio del tratadista Manuel Sánchez Zuraty, ésta consiste en el

> **"*Conjunto de atributos físicos y espirituales que conforman la integridad humana. La persona se entiende conformada por un elemento material, en el que constan todos los órganos corporales que dan lugar fisiológicamente a la vida; y, por un elemento espiritual, que consiste en todas las facultades intelectuales, psicológicas y morales que comprenden la personalidad del hombre*."**[26]

En la tenencia de los hijos conllevan a la disputa de la custodia, sin embargo esta pelea nace de la misma ley la misma que determina a un solo conviviente el favorecido de asumir esta responsabilidad, que por lo general es se aplica a favor de la madre, no existe disposición legal alguna en la cual dentro de un proceso de separación, divorcio con hijos en las cuales el padre pueda disputar la tenencia de los hijos debido a que el mismo reglamento o ley de la niñez y adolescencia le asiste a la mujer de manera directa, situación que incide en los menores que quedan al cuidado de la madre y al desamparo del padre debido a que el juez no está facultado de manera

[26] SÁNCHEZ, Manuel. Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato. 1989. p. 78.

directa en asistir con la tenencia salvo que lo compruebe y lo ratifique en ciertos casos donde el menor corra peligro o se atente contra su integridad física, mental y de salud. Sin embargo la separación de la familia pueden ocasionar problemas psicológicos para con los hijos, y hasta a veces, ocasionan lesiones y hasta la muerte por no determinarse una responsabilidad compartida en el momento que se incorpore la tenencia de los hijos, trayendo con sido un daño penal y un daño civil que debe afrontar el padre que lo ocasionó.

La uniformidad significa ***"La uniformidad del proceso responde también al mandato constitucional, ya mencionado, que prevé que las leyes procesales tenderán a consagrar la uniformidad del proceso, es decir el proceso representa un todo, una sola unidad a través de la cual se resolverán los asuntos procesales"***[27]

En cuanto a la responsabilidad que tienen los padres para con sus hijos, éstas, nacen por su relación que tienen como familia y que los unen para asumir derechos y obligaciones. En cuanto a los hijos, ellos deben tener el apoyo económico y emocional de sus padres, no solo los hijos requieren, en caso de separación de sus padres, el apoyo económico, sino la fortaleza que puedan dar sus padres para con los hijos y a la vez exista el cariño, que no se involucren de los inconvenientes de sus progenitores, sino que solventen ese espíritu de niñez que tienen y amor como familia lo requiere.

[27] UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL, Revista Jurídica, puede consultarse en: http://www.revistajuridicaonline.com

Sobre la seguridad jurídica Jorge Zavala Egas señala que:

> ***"La seguridad jurídica se muestra como una realidad objetiva, esto es, se manifiesta como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones. Mas, su faceta subjetiva se presenta como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Por ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del derecho. Está premisa conduce a cifrar la exploración del sentido de la seguridad en el conjunto de caracteres que connotan e informan su dimensión objetiva".***[28]

En cuanto a la responsabilidad que tienen los padres para con sus hijos, éstas, nacen por su relación que tienen como familia y que los unen para asumir derechos y obligaciones. En cuanto a los hijos, ellos deben tener el apoyo económico y emocional de sus padres, no solo los hijos requieren, en caso de separación de sus padres, el apoyo económico, sino la fortaleza que puedan dar sus padres para con los hijos y a la vez exista el cariño, que no se involucren de los inconvenientes de sus progenitores, sino que solventen ese espíritu de niñez que tienen y amor como familia lo requiere.

[28] ZAVALA EGAS, Jorge, ZAVAL LUQUE, Jorge, ACOSTA ZAVALA, José: Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2012, p. 296

Es necesario analizar los efectos sociales y sicológicos en los hijos e hijas luego del divorcio, porque es el inicio de una gama de incumplimientos de los derechos de los niños, pues en la etapa de la separación en la mayoría de los casos los padres solo buscan su bienestar sin pensar en el niños, niñas y adolescentes, a esto se suma la aplicación de ley en cuanto a tenencia de los hijos se refiere.

En una publicación de la Prensa en Madrid, Natalia Espinoza, médico manifiesta que los hijos son los que sufren en el divorcio.

> ***"El divorcio ocasiona efectos negativos en los niños; otros no han encontrado efectos significativos y unos pocos han evidenciado efectos positivos. "Las investigaciones indican que los hijos del divorcio tienen más probabilidades de experimentar problemas de conducta, más síntomas psicológicos, rendimiento académico más bajo, mayores dificultades sociales y autoestima más baja que los niños de familias que no han sufrido esta clase de problemas en su hogar". Los niños tienen más dificultades en adaptarse al divorcio que las niñas, y ellos sufren más ante el proceso"[29].***

El desarrollo intelectual de los niños tiene siempre que ver con la formación en el hogar. Pero qué pasa si el niño viene de un hogar de donde los padres

[29] www.laprensa.com/madrid

se han separado. Son varios los efectos de los niños en cuanto al aspecto social, psicológico y académico, al respecto, Tatiana Granizo, Sicóloga, comentó: ***"los niños no prestan atención en las materias que estudian; son inquietos, tratan de una u otra manera de llamar la atención de los demás, ya que sus padres están tan preocupados de su situación que se olvidan de ellos"[30].***

Los afectados pueden sentir ira y culpar a uno de los progenitores, pero también experimentarán inseguridad sobre su propia capacidad de mantener una relación duradera en el caso de los jóvenes.

El divorcio debe dejar de ser un "adiós" para el progenitor que se va de la casa, que generalmente es el padre, en este caso también se lo despoja de sus derechos y su dignidad, que tiene que alejarse con una maleta de ropa y debe dejar a sus hijos con la madre.

El padre debe seguir siendo padre luego del divorcio, y no un visitante esporádico de los hijos, que solo los puede verlos días y horas que autoriza un juez.

Los hijos de padres divorciados o separados tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su padre. El niño no debe ser afectado

[30] Tatiana Granizo, profesora del Departamento de Orientación y Bienestar Estudiantil (DOBE) de la Escuela Juan de Velasco. Publicación sobre Relaciones Familiares, los hijos son los que más sufren. Diario La Prensa de Riobamba.

alejándolo de su padre cuando estos se divorcian, tampoco es justo que a los hijos se les limite el tiempo para que comparta con su padre.

Hoy en día el padre es considerado como un CAJERO AUTOMÁTICO, que para lo único que es útil es para dar dinero todos los meses, en nuestra sociedad el padre es más bueno mientras más dinero le entregue a la madre, los hijos van creciendo con esa imagen pues llegan a creer que la función del padre luego de la separación es solo pasarle dinero.

> ***"El divorcio es siempre para los hijos una experiencia diferente que para los padres, la familia en la cual los niños nacieron, crecieron y vivieron toda su vida se muere y cualquiera fueran sus deficiencias, sienten que es la entidad que les brinda el apoyo y la seguridad que necesitan. El ser humano, al nacer, requiere del cuidado de sus progenitores durante mucho más tiempo que cualquier otra especie y los niños son conscientes de esa dependencia"[31].***

En los divorcios conflictivos ciertos progenitores actúan como si los hijos se trataran de una posesión privada y exclusiva e inducen el alejamiento de los hijos del otro padre, aun cuando esto tenga consecuencias para la salud física y emocional de los niños.

[31] http://www.planetamama.com.ar

Cuando este progenitor considera prescindible la presencia del otro padre, se hace valer como el la mejor para ganar la batalla judicial y personal frente a sus vástagos y autoridades vulnerando los derechos de los niños.

En los casos de menores que se niegan a mantener contacto con el progenitor no residente, se impone un análisis exhaustivo del caso, ya que dicha negativa puede responder a actitudes inducidas por el otro progenitor o familiares de éste, proceso conocido como Síndrome de Alienación Parental (SAP). El Síndrome de Alienación Parental, es el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de forma descalificante o denigrante acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o los hijos contra este otro progenitor.

Sus efectos son altamente destructivos en el psiquismo de los niños. Sobre el origen de la Tenencia Compartida se señala:

> ***"La noción de tenencia compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya***

venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros'"[32].

La Tenencia Compartida suele ser una salida inmediata al conflicto que viven los padres por la tenencia del menor, es así que en la actualidad suena una acción razonable, duradera y lógica al acceso directo del padre en involucrarse en el crecimiento de sus hijos con la finalidad de que este desarrolle el mismo grado de afectividad tal y como lo desarrolla con la madre.

La tenencia compartida puede ser analizada desde el punto de vista de la edad de los menores, considerándose la edad del menor en razón de la dependencia de la lactancia en la cual se debe de mantener la exclusividad de la madre siempre y cuando no presente alguna complicación que le impida hacerlo, una vez terminada esta etapa el padre puede mantener la disputa de la tenencia de sus hijos durante periodos de tiempo compartido junto con la madre para que el menor desarrolle cualidades de afecto con cada uno de sus progenitores, de esta manera se garantiza la proporcionalidad de derechos, obligaciones y responsabilidades de familia, aunque sus padres estén divorciados o separados.

Para que esta surta efecto es necesario analizarla, reglamentarla e incorporarla en la legislación ecuatoriana para determinar accines de

[32] ALESSIO

legalidad, proporcionalidad y equidad de la tenencia de los menores, siempre y cuando se garantice las visitas equitativas que tenga el otro padre o madre cuya tenencia ha sido suspensa a favor de su pareja por cierto tiempo determinado por la ley o acordado entre las partes.

4.2.2. DECISIONES DE LOS JUECES EN CONCEDER LA TENENCIA A UNO DE LOS PROGENITORES

En la motivación existen algunos principios, y para Fernando de la Rúa, estos son:

> ***"...el tribunal muestra a los interesados y a la sociedad en general que han estudiado acabadamente la causa; que han respetado el ámbito de la actuación, que han valorado las pruebas sin descuidar los elementos fundamentales; que han razonado lógicamente y han tenido en cuenta los principios de la experiencia y, en fin, que han aplicado las normas legales conforme a un justo criterio de adecuación"***[33]

Los problemas emocionales, por la peleas de custodia o tenencia de los hijos, es de significación para con los hijos, porque ellos se siente perjudicados a no tener o existir un desequilibrio de sentimientos entre padre y madre y con la familia de éstos, que muchos abuelos son los que más

[33] DE LA RÚA, Fernando: Recursos de Casación, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994, p. 108

sufren por la separación de sus nietos por la carencia de una responsabilidad compartida en la custodia y tenencia de los niños, niñas y adolescentes en el seno familia.

Dr. Homero Izquierdo Muñoz al hablar sobre el hombre en sociedad cuando manifiesta que:

> **"*La actividad consciente del hombre está regulada por dos clases de normas: normas éticas o morales, que le enseñan cómo debe obrar en su vida íntima para que su conducta sea recta, y están controladas por el libre albedrío, por su conciencia, por ese yo que es de su exclusiva responsabilidad sin que sean coercitivas; y por normas jurídicas que son aquellas que están dadas para la vida de relación, o sea las normas de derecho con función ordenadora que determinan una conducta a seguir dentro de la sociedad.*"[34]**

Se llama tenencia compartida cuando en la separación o divorcio de los padres, se otorga el cuidado de sus hijos a sus dos progenitores, en la cual tienen responsabilidades no solo de aportar económicamente a sus hijos por parte de uno, sino de los dos, y a la vez permite mantener un sentimiento de afecto que debe existir de hijos con los padres y viceversa, y también el acercamiento sentimentales que tienen con los abuelos tanto maternos

[34] PONCE, Anshelo. Las ciencias penales y dactiloscopia. Editorial Correo legales, Quito – Ecuador, 2009, p. 33

como paternos, lo que beneficia a la autoestima que debe existir como familia.

4.2.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA TENENCIA COMPARTIDA ENTRE LOS PADRES DEL MENOR.

"En el hecho esta reciprocidad en la consecuencia de la coexistencia de dos obligaciones inversas que tiene respectivamente su aplicación según las circunstancias en que las personas a quienes afectan se encuentran colocadas"[35] La tenencia es uno de los derechos que se le da un padre o madre sobre el cuidado de los hijos, del que se deriva por divorcio entre los cónyuges, separaciones de unión libre o hecho, y que trae inconvenientes en el momento de determinar a quién le corresponde el cuidado, que por ley le otorga a la madre de las niñas de cualquier edad, y de los varones hasta los 14 años de edad. Problemas de surgen y llevan consigo de índole sentimental y alejamiento de uno de los padres y de familiares de éste, que por lo general recibe solo visitas horarias, que no le significa una tenencia compartida del cuidado de los hijos.

Según el Dr. Galo Espinosa Merino en su obra titulada, la más práctica enciclopedia jurídica, referente al término, responsabilidad indica**:** **"*Situación jurídica derivada de una acción u omisión ilícitas, que***

[35] CLARO SOLAR, Luis.- Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1944), pág. 395.

***consiste en la obligación de reparar el daño causado. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario*"**[36]

En cuanto a la tenencia o la patria potestad de los hijos, en caso de divorcio o separación, se dan en el Código de la Niñez y Adolescencia según el Art. 106 por acuerdo de las partes, en caso de falta de este acuerdo el Juez conferirá la tenencia por la edad de los hijos o al progenitor que tenga mayor estabilidad emocional y madurez psicológica o se ve el interés superior del hijo, pero en ninguno de estos casos existe una responsabilidad de padre y madre como la de tener la patria potestad o la tenencia compartida.

Es necesario una responsabilidad compartida porque eso vincula las consideraciones económicas, familiares y sociales, por cuanto esto evitaría que perjudique la relación con el otro progenitor y los abuelos, padres de éste último progenitor. Subsume en forma objetiva, las situaciones subjetivas de la tenencia temporal y la condición favorable hacia el hijo.

Grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Actualmente y en virtud de la existencia del divorcio es posible que la familia integre hijos de precedente matrimonio de uno de los cónyuges o de los dos que convivan con hijos del nuevo matrimonio. En este caso se habla de familia ensamblada o hermanos que no lo son; se agregan tíos y abuelos provenientes de otras familias, los

[36] MERINO ESPINOZA, Galo : La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito-Ecuador, 1987, p. 641

padrastros y madrastras cumplen funciones que se superponen con las de efectos jurídicos. Por ejemplo, entre un cónyuge y los hijos del otro (hijastro) existe parentesco por afinidad en primer grado que genera en algunas legislaciones alimentos y determina impedimento matrimonial. Por tanto ni el padrastro puede contraer matrimonio con la hijastra, ni la madrastra con el hijastro, o con descendientes de ellos.

Los razonamientos de Belluscio, se entiende tres tipos de familia, donde se considera desde lo amplio, a lo restringido y lo intermedio, tres criterios muy realistas en la actualidad.

La Convención Nacional de la Familia delimita a la familia de esta manera:

> ***"Un grupo social, unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación biológica o adoptiva y de alianza, incluyéndolas uniones de hecho cuando son estables. Es por ello que se es miembro de una familia en que se es padre o madre, esposa o esposo, hijo o hija, abuelo o abuela, tío o tía etc."[37].***

Aquí debemos entender a la familia como un grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin condición, donde se encierran todos aquellos, que por el mismo hecho de descender unos de otros, o de cualquiera de los progenitores en común, que hayan generado lazos de

[37] Comisión Nacional de la Familia, 1992

sangre, conformando un núcleo familiar integrado por el padre, la madre los hijos de ambos y alguno que otro pariente que se les acerca.

Desde el punto de vista legal, se cristaliza a la familia como:

> ***"Un núcleo fundamental de la sociedad, constituido por vínculos naturales o jurídicos y la voluntad libre de un hombre y una mujer que se unen bajo el matrimonio civil, religioso, o en unión de hecho, el cual tiene protección jurídica con un conjunto de normas que buscan su protección, regulación y organización"[38].***

Es evidente que la familia Jurídicamente y como Institución, se encuentra protegida por las normas ecuatorianas, considerando las relaciones sentimentales, morales, económicas, jurídicas e ideológicas, entre un hombre y una mujer precedidas del matrimonio o de la unión de hecho, con el fin de auxiliarse, ayudarse y de crecer, tanto económicamente como intelectualmente educando a sus descendientes. La Constitución de la República del Ecuador protege a la familia como célula fundamental de la sociedad y le garantiza las condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines, protegiendo al matrimonio, la maternidad y el haber familiar. La Familia debe estar conformada dentro de un hogar, donde se le pueda ubicar, identificar y enmarcar en un territorio, así mismo señala que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se

[38] CARTILLA, Familia –Relaciones y Transformaciones

fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, como lo señala nuestra Carta Suprema. Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas, mientras que en otras es posible la poligamia; y como segundo tipo tenemos la conformada por vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros. El Código Civil Ecuatoriano, no define la familia en una forma general, sino que para los efectos de determinar la extensión del derecho de uso y habitación, en el Art. 829 inciso tercero y cuarto establece:

"La familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución como los que sobreviven después; y esto, aun cuando el usuario o habitados no esté casado, ni haya r econocido hijo alguno a la fecha de la constitución"[39]. Comprende, así mismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

[39] Código Civil Ecuatoriano

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

El Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador señala: ***"Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social…"***[40]

Al señalar el goce de los derechos de las personas se refiere de manera general e individual que les asisten, pero en ellos no incluyen los de familia, aquellos que se asumen en virtud de la creación o formación familiar, en las cuales asumen nuevos roles de protección y cuidados a los hijos, en los cuales los progenitores basados en el afecto mantiene derechos sobre los individuales en sentido de protección del menor que no puede valerse por cuenta propia.

El Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta, que la autoridad competente, eso quiere decir que el juez garantizará que los derechos de los adultos y de los niños, niñas y adolescentes sean cumplidos:

> ***"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.***

[40] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 3 núm. 1

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 (…).”[41]

La acción de asistir con la tenenica del menor de manera directa a la madre, genera una acción discriminatoria hacia el padre, porque se limita sus acciones valorativas de protección, asistencia y cuidados que puede tener a favor de sus hijos y la considera de asistencia única y exclusiva d emadre, si bien en razón de las circunstancias sociales, el hombre en nuestro entorno denota un mayor nivel de desinterés hacia los hijos, es por la razón de la no tenencia de los mismos, que al favorecerle con dicha tenencia el padre puede desarrollar las mismas técnicas de cuidados, protección hacia sus hijos, en debido apego de su rol de padre, por lo tanto la ley ha generalizado niveles de exclusividad de tenencia hacia un solo género.

[41] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador,2013, Art. 11

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

> ***"El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.***
>
> ***Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."***[42]

Cuando la ley establece la tenencia del menor hacia una de las partes, específicamente a favor de la madre, la ley no garantiza ni asegura el ejercicio pleno de los derechos del menor; como es la garantía a desarrollarse en familia, aunque esta se desintegre en razón de la relación entre los padres, se debe de mantener y asegurar el derecho a desarrollarse plenamente con ambos y para ello se requiere o se ve favorable la tenencia compartida de los hijos por parte de los padres.

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 44

El entorno familiar en la cual basa parte del derecho constitucional a favor de los hijos se lo aplica en virtud de la satisfacción que tienen los hijos en compartir con sus padres ya sea en conjunto o por separado, y para ello se requiere de una proporcionalidad de tiempo, en la actualidad la tenencia la hace la madre, y el padre solo visitas que según el juez las empieza a escalar por horas y avance progresivo, consintiendo una fase desproporcional del tiempo de permanecer junto a los hijos, rompiendo el lazo de afecto que se tiene entre las partes, es por ello que se considera como una de las causas primordiales para emprender en una posible solución efectiva la tenencia compartida de los hijos.

El Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza que:

> **"*Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.***
>
> ***Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su***

idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar(..).**”**[43]

En este artículo hay que rescatar la parte que señala el derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, cuando existe la separación, o divorcio, son los padres quienes rompen sus relaciones entre sí pero jamás aquellos vínculos con sus hijos y como tal se debe de sostener el derecho al acceso de su familia, porque para el hijo/a el padre seguirá siendo el mismo al igual que su madre, y las relaciones afectivas no se terminan con la separación de sus padres.

La convivencia familiar sea mutua y asistida por los padres en conjunto, o por separado con uno de sus padres mantiene latente el derecho a la familia del niño/a sostenible ante el respeto y dignidad de sus integrantes, dando un panorama favorable y posiblemente aceptable de la tenencia compartida de los hijos, dejando un salvo criterio de renuncia de alguno de los progenitores de manera indistinta que desean mantener o delegar sobre el derecho que tienen sobre sus hijos.

El Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que

[43] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45

"Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes"[44]

La búsqueda de la consecución de sus fines en relación al reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, establece medios favorables a las familias disfuncionales, monoparentales, asistida por un solo progenitor para que apliquen medios de tenencia compartida entre ellos, pero que en la actualidad esta no es posible debido a que dicha acción no está legislada o incluida en nuestro estamento legal, por lo tanto la tenencia individual sumada a las visitas esporádicas limitadas que realiza el padre contrapone el derecho de los hijos a mantener relaciones afectivas de familiaridad que les permita desarrollar su nivel afectivo.

El Art. 69 numeral 1, 4 y 5 manifiesta.

"Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los

[44] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 67

derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

***5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos*.”**[45]

La maternidad y paternidad responsable sujeta a la crianza, se la debe de fortalecer en base al acceso directo de ellos para con sus hijos, la separación de uno de ellos en tiempos prolongados, los limita a una contribución económica que si bien ayuda a la alimentación, salud y educación, pero que no favorece a la parte afectiva entre los hijos y el padre, razón por la cual en la actualidad un grupo de padres de familia han tomado la iniciativa de organizarse para exigir los derechos, en razón del grado de responsabilidad al cual los padres pueden vincularse del mismo modo que la madre en el cuidado de los hijos.

Por lo tanto, basado en el numeral 4 que señala la acción de que prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa, se la debe de atender en razón de la tenencia compartida de los hijos/as por cuanto los

[45] IBIDEM, Art. 69 numerales 1,4 y 5

derechos son generales para la madre y padre, y debe de eliminarse falsos prejuicios de irresponsabilidad o presunta seguridad o garantía física sobre riesgo que sufren los menores en modos de prevenir abusos infantiles, lo cual no sucede entre padres e hijos, aunque existan sus excepciones.

Ahora si analizamos el numeral 5, se sostiene el cumplimiento de deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos, los cuales son condicionados con la tenencia desproporcional de los menores en las familias separadas o disgregadas, siendo necesario emprender en acciones concretas, actuales e innovadoras para generar las responsabilidades paternales, maternales a favor de los menores que serán los beneficiarios directos de este proceso de cambios.

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala ***"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"***[46]

Se puede considerar que ante la tenencia favorable a la madre el padre queda en indefensión de hacer valer sus derechos y tan solo se lo contenta con visitas familiares, lo cual ante el ejercicio del trabajo, la distancia son

[46] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 75

casi imposibles de asimilarlas y mantener el vínculo afectivo con sus hijos, derivando en la falta de interés del padre sobre los hijos y fomentando de manera indirecta a la irresponsabilidad paternal relativa no al cumplimiento del pago de pensiones alimenticias, sino al vínculo afectivo que el estado debe de garantizar en las familias disgregadas.

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala ***En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:***

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”[47]

Lamentablemente el juez se remite a las leyes y como tal en ella no faculta la tenencia directa al padre salvo en caso de muerte de la madre, con lo cual asume los derechos directos de la tenencia, la acción de disputa de la tenencia de los hijos genera más conflicto entre la pareja o padres que se divorcian, por cuanto, los toman indirectamente como escudos para causarles daño emocional, o afectivo, generando un medio tenso, que incluso se ha visto que ha derivado en crímenes a una escala inaceptable en ciertas circunstancias.

El literal h), del mismo Art. 76, en análisis, dispone: **“*Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y***

[47] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 76

replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra"[48].

En algunas circunstancias los hijos mantienen o desarrollan cualidades de afecto directo hacia uno de los padres y como tal se sienten más seguros, sin embargo, esta cualidad una vez dado el divorcio o la separación puede ser subsanada con la tenencia compartida con la finalidad de que el menor no mantenga problemas afectivos o cualidades de amor, confraternidad y familiaridad hacia sus padres, garantizándose un pleno ejercicios de responsabilidades, lo cual no se obtiene con la tenencia individualizada y la simple acción de generar visitas consentidas, las cuales están sujetan a la disponibilidad y accesibilidad de parte del progenitor que ejerce la tenencia.

El Art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador indica que;

> ***"Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley; 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesite".[49]***

[48] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 76 núm. 7 lit. h)
[49] IBIDEM, Art.83 numeral 16

En el caso de mantener la tenencia compartida el pago de los derechos por concepto de alimentos deberá ser de igual manera asumido por el progenitor que no lo tenga, de esta manera se garantizaría el derecho proporcional de asumir y cancelar las pensiones alimenticias de manera compartida, aunque se debería tener en cuenta en el caso de la madre cuando esta no trabaje debido a su situación social que aún mantiene limitantes de desarrollo pleno laboral.

4.3.2. TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

4.3.2.1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, en su numeral 1) señala:

> ***"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".***[50]

Este mismo que lleva concordancia con lo manifestado en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en vigencia que también

[50] http://www.unicef.org

destaca la importancia del Interés Superior del Niño al momento de considerar una resolución en la que tengan que ver los derechos de los menores. Es decir estas dos normas tienen un mismo objetivo, que se vele por el interés superior del niño, niña y adolescentes, que este principio tiene prioridad por sobre cualquier otra norma que manifieste lo contrario o que sea oscura respecto de los derechos de los menores. Confirmada también por la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 44 ratifica que el Estado junto con la sociedad y la familia, son los encargados de promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, dando prioridad a su interés superior, por sobre cualquier otra norma, además de que sus derechos prevalecerán por sobre los derechos de cualquier otra persona.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, en su numeral 2) señala:

> ***"Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".[51]***

[51] http://www.unicef.org

No está por demás recordar que la esencia de nuestra legislación es proteger los derechos de los menores, buscar su bienestar, su estabilidad, etc., pero se puede decir que no es suficiente con lo que ya se está aplicando, y es necesario una actualización de la norma en torno al desarrollo de la sociedad, ya que estamos en un Estado garantista, ya no legalista como fue en épocas anteriores.

4.3.2.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA)

El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a la protección de la familia en sus numerales 4) y 5) señala:

> ***"Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.***
>
> ***La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"[52].***

[52] http://www.tce.gob.ec/jml/bajar/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf

Es importante recalcar la importancia que dan los Estados miembros de esta Convención a la protección de los derechos de la familia, ya que de ahí nace la sociedad. Se señala también que es responsabilidad del Estado tomar las medidas apropiadas a fin de que se garanticen la igualdad de los derechos así como de las obligaciones entre los cónyuges, ya sea dentro del matrimonio y también en los casos en que este sea disuelto, ya que es ahí donde nacen los conflictos y las disputas por sobre quien tiene más derechos sobre sus hijos.

El artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a los derechos del niño señala: ***"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"***[53]***.*** Es muy importante acentuar lo importante que es proteger los derechos del niño, y de la responsabilidad que tienen la familia, la sociedad y el Estado de velar por su bienestar, por ende tomar las medidas que más los favorezcan, como puede ser adoptar la Tenencia Compartida, en los casos de conflictos entre su progenitores, ya que así se reduciría la afectación moral en el menor cuando exista la ruptura de un vínculo matrimonial.

[53]http://www.tce.gob.ec/jml/bajar/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf

4.3.3. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Art. 2 del Código de la Niñez y Adolescencia de los sujetos protegidos indica: **"*Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código*."**[54]

En el Derecho de la Niñez y Adolescencia reimprime el principio de la protección del niño, niña y adolescente desde que ha sido concebido, hasta que cumpla los dieciocho años de edad. Este principio protector incorporado en el Código de la Niñez y Adolescencia va a suscitar mucha controversia porque protege a personas que ya han cumplido la mayoría de edad, lo cual contraviene el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que protege a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. El legislador parece que no reparó en este detalle sustantivo. El objeto entonces es consecuencia del principio protector del niño en su aspecto interno y externo que se refleja a través de derechos y garantías, a la vida, a tener una familia, protección prenatal, a una vida digna, a vivir en un ambiente sano, a la identidad, identificación, a la educación, integridad personal, a la recreación, etc.

[54] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2

El Art. 3 del Código de la Niñez y Adolescencia exterioriza: **"*Supletoriedad.- En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia*".**[55]

Este principio de supletoriedad, es universal para llenar los vacíos que en toda ley puedan presentarse. Este se concreta en que a falta de normas explícitas se aplican las previstas en otras genéricas. Este principio de supletoriedad, considero que es fruto de la filosofía que ha inspirado el Código de la Niñez y Adolescencia, en que la ley genérica suple por la ausencia legal que se encuentre en este Código.

El Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia indica: **"*Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.*"**[56]

Los adolescentes son las personas que biológica y psicológicamente empiezan a experimentar los cambios que presupone el desarrollo entre la fase final de la niñez y la adultez, es decir, el proceso transformador del niño

[55] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 3
[56] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 4

en adulto. El Código Civil, reconoce a los adolescentes como púberes o menores adultos.

El Art. 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, de la igualdad y no discriminación reza:

> ***"Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares*."**[57]

La Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a la igualdad y el Código de la niñez y adolescencia, ratifica este derecho a los niños, niñas y adolescentes, por lo que es importante que las decisiones que tomen los jueces estén amparadas en este derecho de igualdad como pilar fundamental de todos los principios constitucionales.

El Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia trata de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia:

[57] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 6

"*Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.*

***El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna*"[58]**

El Estado la Sociedad y la familia, tiene un gran compromiso de que los niños niñas y adolescentes, a través de varias medidas entre ellas las jurídicas, garanticen sus derechos, es decir que en todos los ámbitos legales, los derechos de los niños niñas y adolescentes sean plenamente ejercidos.

El Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia señala la función básica de la familia: **"*La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente*"[59].**

[58] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 8

[59] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art.

La familia es el núcleo fundamental del desarrollo de una sociedad.

El Art. 10 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa el deber del Estado frente a la familia: **"*El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior*."**[60]

El estado es el responsable de emitir políticas públicas sobre el bienestar social y económico de las familias

El Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta que:

> **"*El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento*."**[61]

El conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes son de interés superior para todas las autoridades entre estas judiciales siendo el deber de

[60] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 10
[61] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 11

ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento, esto significa corregir cuando en alguna disposición legal se está atentando a este conjunto de derechos, el Código Civil no ha ajustado sus acciones, inobservando principios Constitucionales.

El Art. 12 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa la prioridad absoluta:

> ***"En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.***
>
> ***Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.***
>
> ***En caso* de *conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás."***[62]

La propuesta es proteger a los niños y niñas desde los cinco años en adelante, cuando exista un conflicto en el divorcio por mutuo acuerdo.

El Art. 14 del Código de la Niñez y Adolescencia de la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente expresa:

[62] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 12

"Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño."[63]

En el Código Civil artículo 108 numeral 1, cuando el juez decide quien tendrá el cuidado del niño o niña, no considera el interés superior del niño o niña, por lo que al momento de tomar esa decisión no existió ningún tipo de investigación previa de que le convendría más al niño o niña.

El Art. 15 del Código de la Niñez y Adolescencia de la titularidad de derechos, expresa:

"Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

[63] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 14

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.”[64]

Los niños, niñas y adolescentes deberían tener garantizados sus derechos en todas las instancias, pero todavía existen normas donde los niños, niñas y adolescentes son invisibles, por lo que no se respetan sus derechos tampoco se priorizan los mismos.

El Art. 16 del Código de la Niñez y adolescencia manifiesta: ***“Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.”***[65]

Por su naturaleza los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, son irrenunciables e intransigibles, entre otros elementos más, es decir que en el Ecuador en todas sus instancias de orden público estos derechos deben cumplirse.

[64] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art.
[65] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 16

El Art. 17 del Código de la Niñez y Adolescencia del deber jurídico de denunciar indica:

> **"*Toda persona, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, que por cualquier medio tenga conocimiento de la violación de un derecho del niño, niña o adolescente, está obligada a denunciarla ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.***
>
> ***Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos*."**[66]

Se está violando el derecho de los niños, niñas o adolescentes, cuando se dispone que los hijos impúberes en un divorcio tienen que estar en el cuidado de su madre sin que se respeten los derechos de los niños, niñas o adolescentes, ni tampoco se respetan los derechos del padre.

El Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia exterioriza: **"*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier***

[66] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 17

***circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías*.”[67]**

Este artículo es importante, porque el cuidado de los niños, niñas o adolescentes es del padre y la madre, por lo tanto cuando los padres se divorcian estos derechos están vigentes y deben ser acogidos por el juez, ya que es el soporte de mi teoría, ya que la clave es la permanencia en las relaciones entre hijos y padres.

El Art. 26 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta:

> **“*Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral.***
>
> ***Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos*.”[68]**

[67] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 21

[68] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 26

El derecho a una vida digna de los niños, niñas y adolescentes, no solo es la parte económica si no integral, es decir la parte emocional juega un papel importante s el derecho prioritario que tienen los menores ya que este derecho le da una buena salud mental.

El Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta: "*Naturaleza de la relación familiar.-* ***La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes. Recibe el apoyo y protección del Estado a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades*.**"**[69]**

Al ser la familia el núcleo básico de la sociedad necesita que los derechos de cada integrante de la misma sean respetados en todas las instancias judiciales, la relación familiar no debe extinguirse entre los padres y los niños, niñas y adolescentes cuando exista el divorcio.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 113 permite al Juez de la Niñez y Adolescencia dar por terminada la patria potestad en los siguientes casos:

[69] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 96

" 1.- Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija; 2.- Abuso sexual del hijo o hija; 3.- Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; 4.- interdicción por causa de demencia; 5.- Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones paternales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6.- Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija. "[70]

Esta regla evita los abusos de los padres que convinieran dejar de los hijos a cuidado de un menor apto para cuidarlos y educarlos, pero en la práctica, la intervención del Juez de la Niñez y Adolescencia para dar por terminado la patria potestad, suele ser ineficaz. Además, se supone que para tomar estas medidas, se deben dar situaciones verdaderamente extremas, y muchos caos, menos graves quedan sin ningún remedio.

El Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia enuncia: **"*Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo* 106."[71].**

[70] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 113

[71] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 118

4.3.3. CÓDIGO CIVIL.

El Art. 108.1 del Código Civil señala: ***"A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad"[72].*** Claramente se evidencia la falta de equidad y la igualdad de derechos, esta norma directamente da el derecho a la madre sobre el cuidado de los hijos o hijas, sin que se permita una ponderación o que el padre también se encuentre en las mismas condiciones, ya que esta norma es obsoleta por el tiempo que ha transcurrido desde su creación. Lo rescatable de esta norma es que sentencia que en todos los casos el hijo le debe obediencia a sus padres, así lo señala el artículo 265: ***"Los hijos deben respeto y obediencia al padre y a la madre"[73].***

El artículo 272 del Código Civil, señala: ***"No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes"[74].*** Todo padre o madre tiene derecho a ver a su hijo, pero el problema son las limitaciones, lo que genera una incomodidad, tanto para el padre o madre que visita o el hijo, esto hace que afecte emocionalmente al hijo creando una conflictividad emocional en la psiquis del menor.

El artículo 273 del Código Civil, señala: ***"Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes de ambos cónyuges,***

---

[72] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Civil, Art. 108.1.
[73] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Civil, Art. 265
[74] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Civil, Art. 272

pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas pertinentes"[75]. Así como existen derechos sobre los hijos, también existen obligaciones, las mismas que deben así mismo ser compartida entre los padres, de acuerdo a sus comunes conveniencias siempre y cuando se satisfaga las necesidades de sus hijos.

[75] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Civil, Art. 273

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPUBLICA DE PERU

Es así que en su Libro Tercero Instituciones Familiares, Capítulo II Tenencia del Niño y del Adolescente, señala:

"Art. 81.- Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente.

De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la Tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente."[76].

"Art. 82.- Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato"[77].

---

[76] CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERU ART. 81
[77] CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERU ART. 82

"Art. 83.- El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebate a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes"[78].

"Art. 84.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;

b) El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la Tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor"[79].

El 16 de Octubre del 2008, en la República del Perú se expide la Ley N° 29269, conocida también como Ley de la Tenencia Compartida, en la misma que se reforma los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes

[78] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERU ART. 83**
[79] **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERU ART. 84**

incorporando la Tenencia Compartida como medida de solución de conflictos; esta reforma le da al Juez la facultad de acoger esta medida también en los casos en los que no exista acuerdo alguno entre el padre y la madre de las o los hijos, siempre y cuando esto beneficie al menor respetando su interés superior.

Se concede la tenencia compartida y como tal el juez la resuelve cuando los padres no se pronuncien sobre la misma, aunque puede haber también un acuerdo mutuo entre las partes sobre su tenencia legal.

4.4.2. CÓDIGO CIVIL DEL REINO DE ESPAÑA

El Código Civil del Reino de España reformado mediante la Ley 15/2005 del 8 de julio, en el mismo que se ha incorporado a la Tenencia o Custodia Compartida como medida excepcional a la solución de conflictos:

> ***"Artículo 92.***
>
> ***1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.***
>
> ***2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.***
>
> ***3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.***

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

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

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

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez

advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores"[80]

Esta Ley dictada por el Rey Juan Carlos I, otorga la facultad a los Jueces de manera excepcional dictar la Custodia Compartida a los padres para el cuidado en común de sus hijos, protegiendo así el interés superior del menor, conociendo las obligaciones que tienen los progenitores para con sus hijos menores, esto es en el cuidad, alimentación, educación, etc. Es importante recalcar la excepcionalidad de la Tenencia o Custodia Compartida, ya que no en todos los casos se los puede otorgar, el Juez

[80] **CÓDIGO CIVIL DEL REINO DE ESPAÑA**

previamente debe realizar una investigación y así evidenciar que esta medida sea plenamente beneficiosa para los menores.

4.4.3. PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

El presente Proyecto de Ley que reforma los artículos 34 y 37 del Código de la Niñez y Adolescencia señala:

"Artículo 1.- Modifíquese el artículo 34 de la Ley N° 17.823, de 7 de septiembre de 2004 (Código de la Niñez y Adolescencia), el cual quedara redactado de la siguiente forma:

II. De la Tenencia del Niño y Adolescente.

Artículo 34. (Tenencia Compartida por los padres)

1.- Cuando los padres pongan fin a la relación que los una, la tenencia de los hijos será preceptivamente compartida.

2.- De no existir acuerdo entre los progenitores, la forma e implementación de la tenencia compartida, la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su más pronto y efectivo cumplimiento.

3.- Cualquiera de los padres podrá así solicitarlo, en cualquier momento y con las formalidades de estilo, ante el Juzgado de Familia competente.

4.- La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos, no serán obstáculo ni motivo suficiente, para no otorgar la misma, en cumplimiento del interés superior del menor.

5.- La persona que esté imposibilitada para solicitar o proseguir con la tenencia de sus hijos, deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Familia, quien resolverá la situación del menor, sin perjuicio de que podrá solicitar las visitas correspondientes.

6.- En caso de cualquier denuncia realizada contra uno de los progenitores a los efectos del no cumplimiento de la presente ley, no se suspenderá la tenencia compartida, por parte del Tribunal competente.

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 37 de la Ley N° 17.823, de 1 de septiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia), el cual quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 37. (Procedimiento).- Todas las pretensiones relativas a la tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los menores, se regularán por el procedimiento extraordinario, consagrado en los artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso.

El Magistrado actuante deberá dentro del plazo máximo de 90 días contados a partir de la presentación de la demanda, dictar sentencia definitiva de primera instancia, en tal sentido.

La ratificación de tenencia se tramitará por el procedimiento voluntario (artículo 402 y siguientes del Código General del Proceso).

Es Juez competente para conocer en todas las pretensiones antes mencionadas, el del domicilio que fuera hogar conyugal y en caso de haber convivido la pareja, el domicilio del niño o adolescente, sin perjuicio de los dispuesto por los artículos 10 y siguientes de la Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985".[81]

El presente Proyecto fue presentado por la Comisión de Constitución y Legislación del Senado de la República Oriental del Uruguay con fecha 5 de febrero del 2016, el cual reforma dos artículos del Código de la Niñez y Adolescencia que regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes en ese país, en el mismo que se evidencia la importancia que le dan al principio del Interés Superior del Niño, señalando también el procedimiento a seguir en estos casos.

Se puede destacar de este proyecto que hace prevalecer los derechos de los hijos por sobre los intereses de los padres.

4.4.4. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Es así que en su Título VII Responsabilidad Parental, Capítulo 4 Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, señala:

"Artículo 656. Inexistencia de plan de parentalidad homologado.

[81] **PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición"[82].

Como podemos observar este cuerpo legal da prioridad a los menores de edad para que sus padres puedan de una u otra forma tener el derecho de poderlos ver y compartir con ellos. Entiéndase por parentalidad a la relación de convivencia existente entre padres e hijos, la misma que no debe romperse.

[82] Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS.

Este trabajo se fundamentó de manera documental, bibliográfica y de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídico utilicé textos y material relacionados con el derecho de alimentos, desde el punto de vista dogmático, científico y jurídico; así como de bibliografía relacionada al problema a indagar.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, puedo mencionar que en cuanto al marco conceptual lo elabore con la ayuda de los diccionarios y consulta de Autores.

Estas fuentes de información me permitieron conceptualizar los diferentes términos referentes a esta tesis, así como determinar sus diferentes acepciones o sinónimos.

5.2.- MÉTODOS

En el proceso de investigación socio-jurídico, aplique el método científico, como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. La concreción del método científico hipotético-deductivo me permitió seguir el camino en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones

procedimentales, procedí al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar el cumplimiento de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implicó determinar el tipo de investigación jurídica que realicé; como lo fue una investigación socio-jurídica, que concreté en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumplió la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales.

5.3.- PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, auxiliado de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos judiciales reforzó la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática. La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática de las instituciones públicas, la Función Judicial, así como profesionales y estudiantes de Derecho, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearon

cuestionarios derivados de la hipótesis general y de las Subhipótesis, cuya operativización partió de la determinación de variables e indicadores.

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

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la aplicación de encuestas.

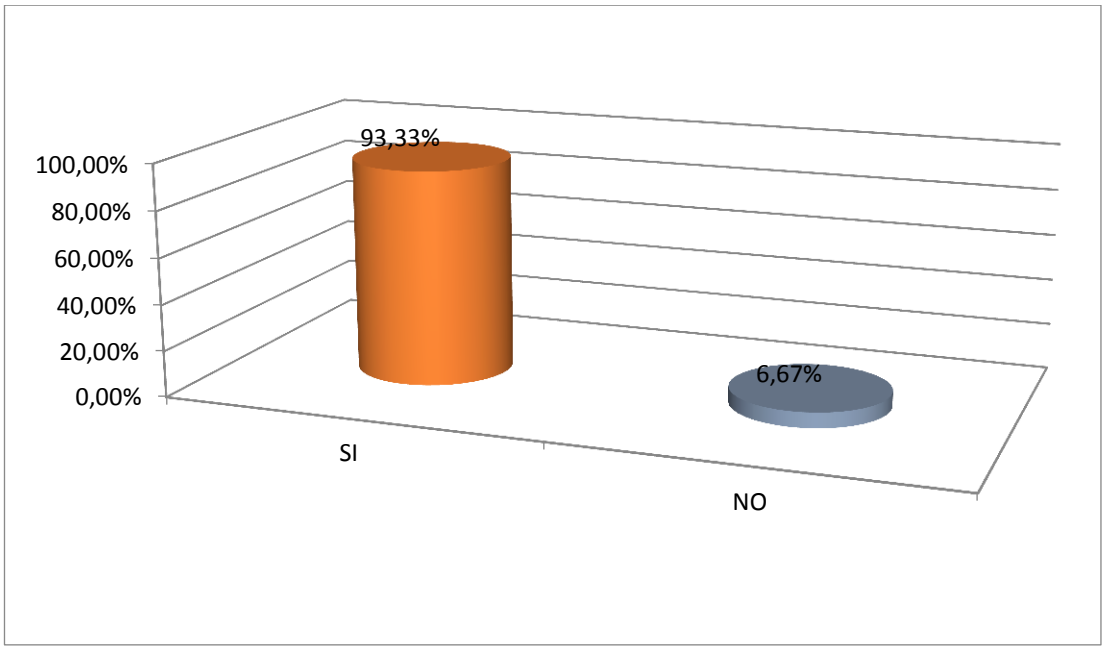
1. ¿Cree usted que se desvanece el principio de igualdad en la ley para el cuidado y protección de los hijos, por la ruptura o separación de los padres?

Cuadro Nro. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	28	93.33%
No	2	6,67%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Gráfico Nº 1



INTERPRETACIÓN.

En esta pregunta, veintiocho personas que corresponde el 93.33% de los encuestados manifiestan que si se desvanece el principio de igualdad en la ley para el cuidado y protección de los hijos, por la ruptura o separación de los padres, mientras dos persona que equivale 6.67% exponen que no se desvanece el principio de igualdad en la ley para el cuidado y protección de los hijos, por la ruptura o separación de los padres

ANÁLISIS

Frente a estas situaciones, de responsabilidad y de sentimientos de fracasos, la ley se ha limitado a proteger a las partes más vulnerables, pero de primera línea, sin hacer una ampliación del ámbito de tuición que debería tener, tal como lo dice la propia nomenclatura del término “familiar”. Así los hijos asumen una responsabilidad mayor, al tener la sensación de ser culpables de la ruptura de la familia. Este “conflicto de lealtades” genera en los hijos una presión para asumir una lealtad frente a un progenitor en detrimento del otro

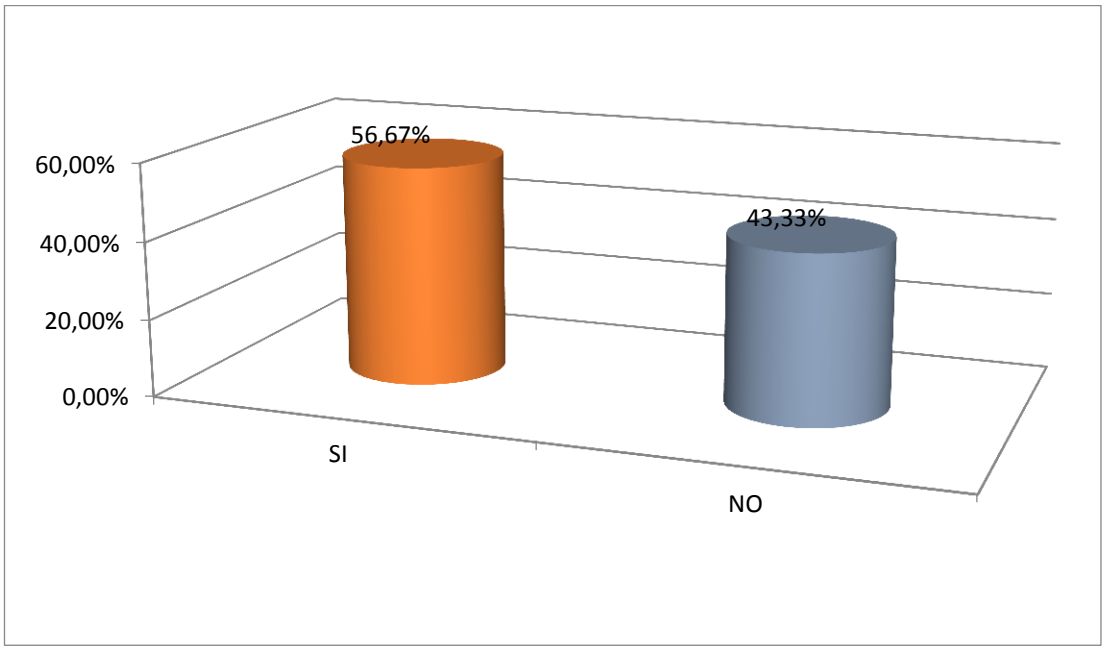
2. ¿Considera usted aunque existe una ruptura o separación de los padres, debe prevalecer sus responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas?

Cuadro Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	17	56.67%
No	13	43,33%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Gráfico Nº 2



INTERPRETACIÓN

En esta pregunta, diecisiete personas que corresponden el 56.67% de los encuestados optaron por un SI que aunque existe una ruptura o separación de los padres, debe prevalecer sus responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas, en cambio trece personas que encierran el 43.33% “NO” creen que aunque existe una ruptura o separación de los padres, debe prevalecer sus responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas.

ANÁLISIS

Aunque existe una ruptura o separación de los padres, debe prevalecer sus responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas. La Tenencia Compartida es una figura legal que ha tomado fuerza últimamente como un mecanismo de resolver conflictos o de una manera más equitativa se deleguen responsabilidades a sus progenitores con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas.

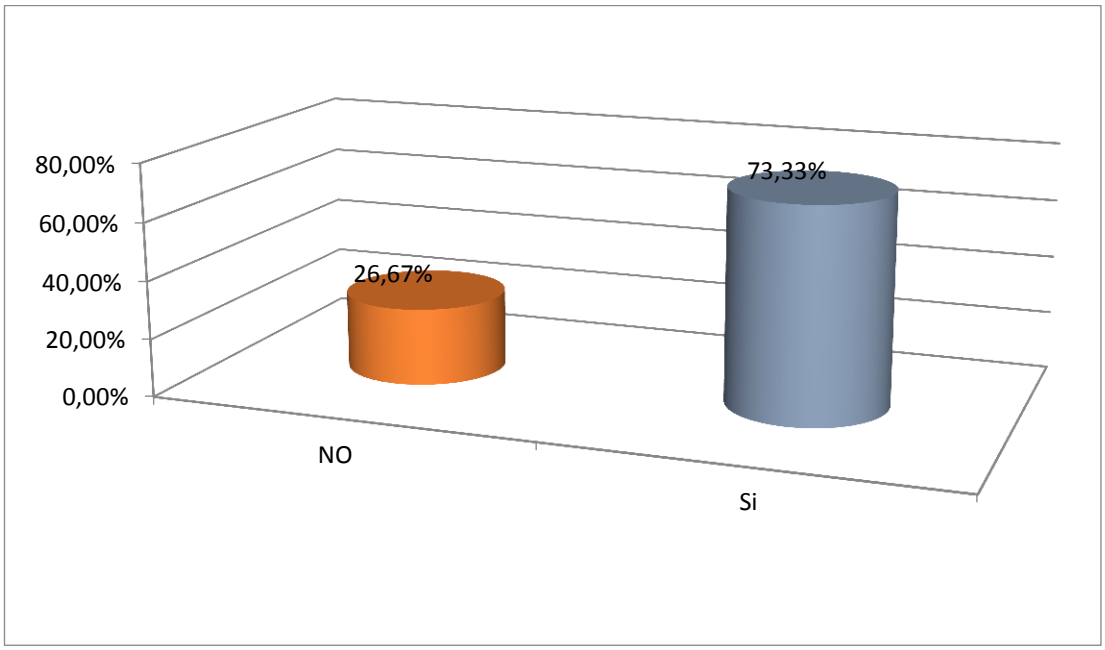
3. ¿Estima usted que la custodia de los hijos a favor de la madre, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia?

Cuadro Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	8	26,67%
SI	22	73,33%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Gráfico Nº 3



INTERPRETACIÓN.

En esta pregunta, veintidós personas que corresponden el 73.33 % de los encuestados creen que la custodia de los hijos a favor de la madre por establecido en el Código Civil, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia, en cambio ocho personas encierran el 26.67 %, manifestando que la custodia de los hijos a favor de la madre por establecido en el Código Civil, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia.

ANÁLISIS.

La custodia de los hijos a favor de la madre por establecido en el Código Civil, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia

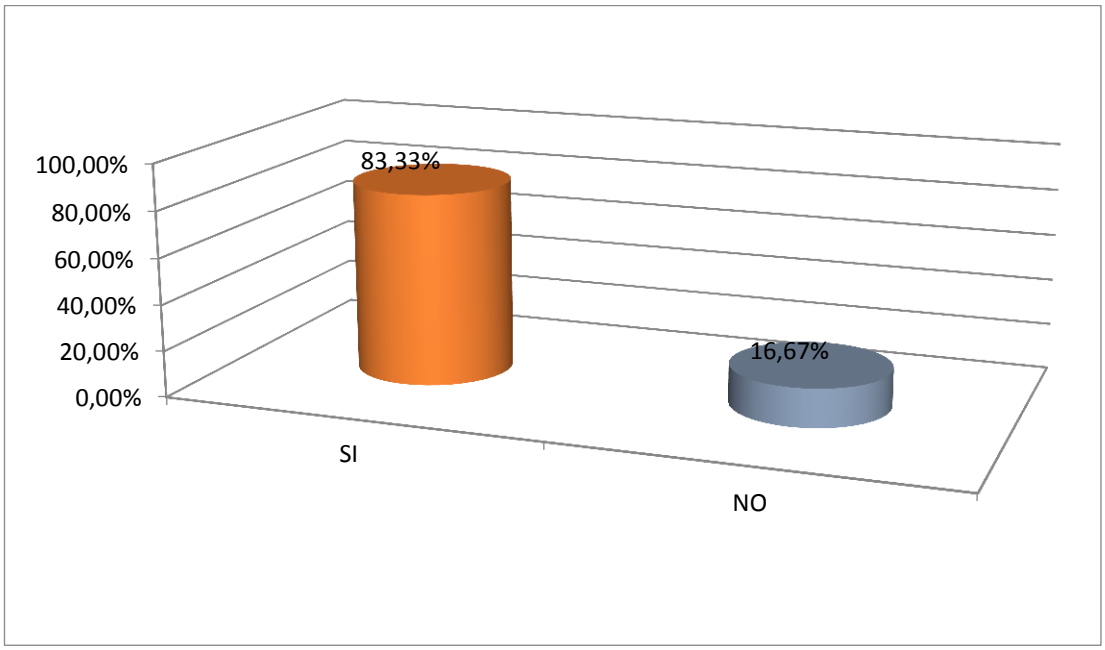
4. ¿Considera usted que la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, es una vulneración de los derechos y garantías Constitucionales al no reconocer la potestad del otro progenitor para con sus hijos?

Cuadro Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	83.33%
No	5	16.67%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Gráfico Nº 4



INTERPRETACIÓN

En esta pregunta, veinticinco personas de las treinta personas encuestadas que corresponde al 83.33 % manifiestan que la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, es una vulneración de los derechos y garantías Constitucionales al no reconocer la potestad del progenitor para con sus hijos, mientras que cinco encuestados que refleja un 16.67%, enfatizan que la tenencia de los menores no debe ser compartida por motivos de roces entre los padres así como también el reconocimiento de los derechos para el menor que según estas personas no se cumple por las ideas infundadas al mismo.

ANÁLISIS

La tenencia de los hijos a uno de los progenitores, genera efectos familiares y jurídicos, por la falta de otros elementos jurídicos en el Código Civil que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos

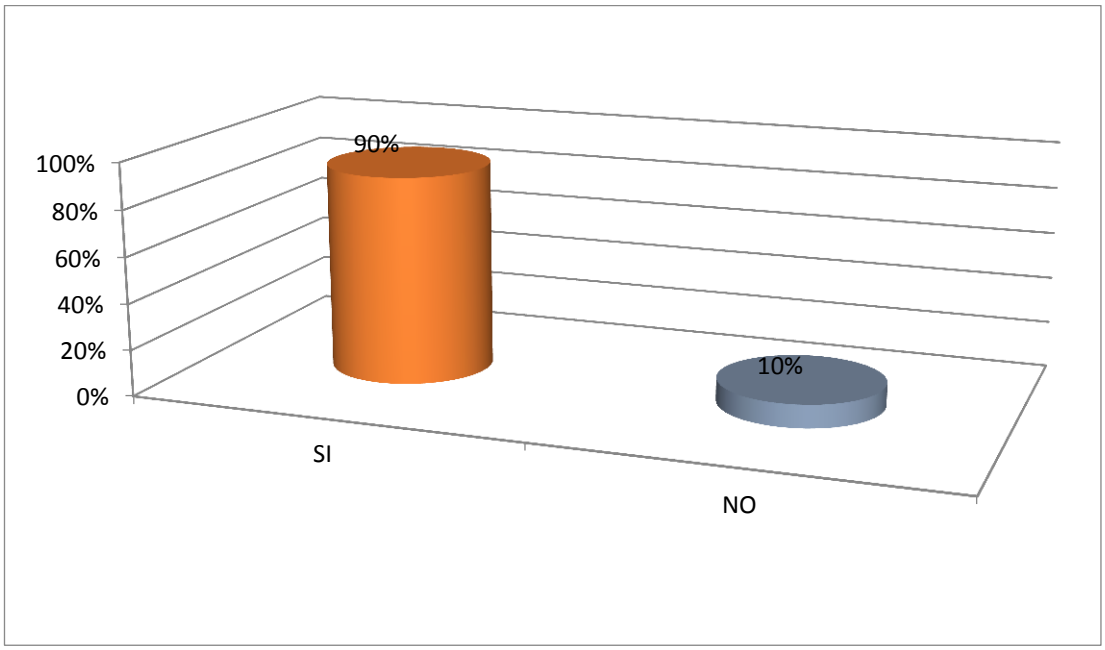
5. ¿Cree usted que la inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, no permite que se establezcan los derechos fundamentales tanto para el menor, así como también para el progenitor responsable?

Cuadro Nro. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	27	90%
No	3	10%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Gráfico Nº 5



INTERPRETACIÓN

En esta pregunta, veintisiete personas que corresponden el 90% señalaron que se vulneran los derechos del menor así como también del progenitor; en cambio cinco encuestados que engloba el 10% indicaron no estar de acuerdo que la otra parte tenga algún derecho obre los menores por su poca relación con los mismos.

ANÁLISIS:

La inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social. Esto ha determinado que una de las partes obtenga cierta ventaja, si tomamos en cuenta que las obligaciones parentales deben ser iguales con respecto a los derechos debe ser en la misma proporción establecidos como visitas, tenencia y custodia, es ahí donde una de las soluciones a ese tipo de conflictos es la tenencia compartida.

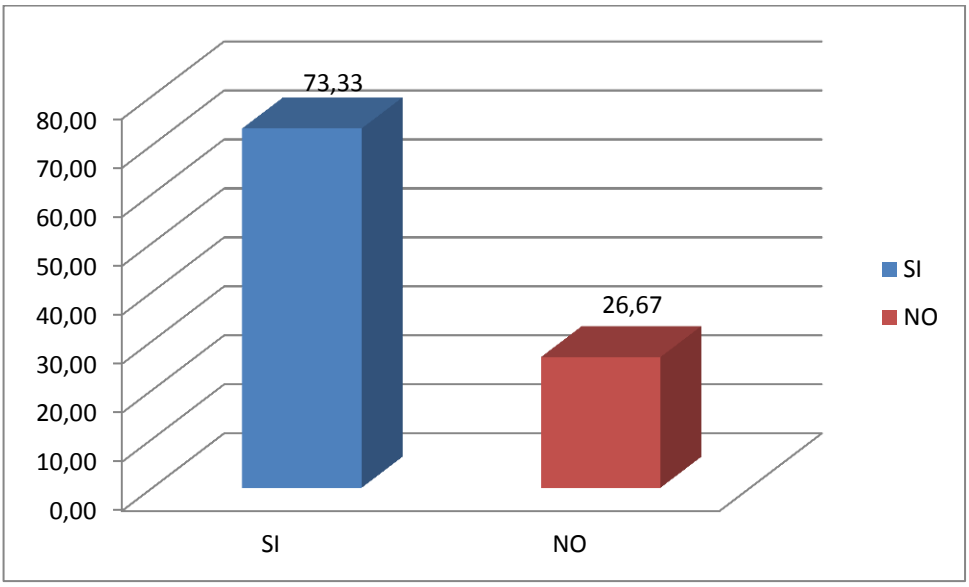
6. ¿Estiman conveniente reformar el Código de la Niñez y Adolescencia adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole?

Cuadro Nro. 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	22	73.33%
No	8	26.67%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Leyton Adrian Urvina Ocampo

Gráfico Nº 6



INTERPRETACIÓN.

En esta pregunta, veintidós personas que comprende el 73.3% consideraron que es necesario reformar el Art. 118 del Título III, del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que se permita al otro progenitor que no tiene la patria potestad de los menores el derecho de visita, en cambio ocho encuestados que encierra el 26.7% expresaron que no es necesario reformar el Art. 118 del Título III, del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que no es necesario el reconocimiento de derechos para el otro progenitor que no tenga la patria potestad de los menores.

ANÁLISIS.

Es conveniente reformar el Código de la Niñez y Adolescencia adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole y los casos en los que puede aplicarse la misma

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del régimen legal que regula el derecho a la Tenencia de los hijos e hijas en nuestro país y las deficiencias jurídicas que afectan en las decisiones objetivas de los jueces competentes.

El objetivo general se ha verificado positivamente, por cuanto en la revisión de literatura se analiza los derechos de familia desde la Constitución de la República del Ecuador, el procedimiento de tenencia como señala el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, tomando en consideración que la tenencia de los hijos a uno de los padres afecta emocionalmente a la otra parte, por la carencia del estado afectivo que ello genera

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Determinar los efectos negativos que conlleva el otorgamiento de la Tenencia a solo uno de los progenitores.
- Demostrar las falencias existentes en la norma vigente y la necesidad de una actualización o reforma.

- Realizar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole y los casos en los que puede aplicarse la misma.

Contrastación de hipótesis.

- La inexistencia de una norma legal, que permita llevar una solución más viable para los litigios de tenencia de menores, afecta el interés superior del niño, lo cual impide un buen desarrollo emocional y afectivo de los hijos e hijas con sus padres, en las que además los que se beneficien sean todos los integrantes de la familia en el Ecuador, hace que se generen más perjuicios de los cuales el más afectado es el menor de edad

La hipótesis planteada se contrasta favorablemente, por cuanto en la investigación de campo con la aplicación de la encuesta en la tercera pregunta el 77.33% de los encuestados consideraron que la custodia de los hijos a favor de la madre establecida en el Código Civil, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia; en la cuarta pregunta el 83.33% de las personas estimaron que la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, genera efectos familiares y jurídicos, por la falta de otros elementos jurídicos en el Código Civil que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos; y, en la

quinta pregunta el 90% de las personas señalaron que la inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social.

Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador señala: *"El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*
Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."

El Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que "*Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos*

jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes"

El Art. 69 numeral 1, 4 y 5 manifiesta. "*Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando.

El Art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador indica que; *"Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley;*

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesite".

El Art. 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, de la igualdad y no discriminación reza: *"Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares*."

El Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia trata de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia: "*Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.*

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna"

El Art. 10 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa el deber del Estado frente a la familia: "*El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior*."

El Art. 12 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa la prioridad absoluta: *"En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.*

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

En caso de *conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás."*

El Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia exterioriza: "*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías*."

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

8. CONCLUSIONES.

De los resultados de la investigación, he considerado establecer las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Que existe un quebrantamiento legal sujeto a desvanecer el principio de igualdad en la ley para el cuidado y protección de los hijos, por la ruptura o separación de los padres, al considerar la tenencia de los menores directa a la madre la misma que si bien vulnera el derecho del padre de poder mantener la tenencia de manera equitativa, atribuye la responsabilidad directa a la madre la misma que no puede tampoco negarse por el sentido responsabilidad que la ley le asiste de manera condicionada.

SEGUNDA. Ante la existencia de una ruptura o separación de los padres, la normativa actual del Código de la Niñez y Adolescencia no considera ni prevé la vigilia y garantía de responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas en forma equitativa, en razón proporcional del tiempo.

TERCERA. La custodia de los hijos a favor de la madre establecido en el Código Civil y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es una desventaja para el otro progenitor siendo suplida por visitas las mismas que en muchos de los casos se condiciona a los enunciados y tiempo de la

madre, debido a que el padre debe de devolverlo de manera inmediata en sujeción al acuerdo que señala el juez.

CUARTA. La tenencia de los hijos a uno de los progenitores, genera efectos negativos familiares y jurídicos, por la falta de otros elementos jurídicos en el Código Civil que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos, lo cual evidencia una normativa legal parcializada en beneficio de uno de los padres en caso de seapración.

QUINTA. La inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social.

SEXTA. Es conveniente aplicar reformas el Código de la Niñez y Adolescencia adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole y los casos en los que puede aplicarse la misma.

9. RECOMENDACIONES.

Una vez expuesta las conclusiones he establecido las siguientes recomendaciones:

PRIMERA. Que la Asamblea Nacional proceda a reformar el actual Código de la Niñez y Adolescencia, en especial a lo que concierne a la visita y derechos que tiene el padre hacia el menor.

SEGUNDA. A la sociedad ser visto que aunque existe una ruptura o separación de los padres, debe prevalecer sus responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas.

TERCERA. Que la Comisión Especializada de la Asamblea Nacional, estudie y analice, que la custodia de los hijos a favor de la madre por establecido en el Código Civil, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia.

CUARTA. Incorporar al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos.

QUINTA. Que la inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social.

SEXTA. A la Asamblea Nacional reforme el Código de la Niñez y Adolescencia adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole y los casos en los que puede aplicarse la misma.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR
CONSIDERANDO.

Que el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador señala: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.- Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Que el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Que el Art. 69 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce que ara proteger los derechos de las personas integrantes de la familia se promoverá la maternidad y paternidad

responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando.

Que el Art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador indica que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesite.

Que el Art. 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares.

Que en cuanto a la tenencia o la patria potestad de los hijos, en caso de divorcio o separación, se dan en el Código de la Niñez y Adolescencia según el Art. 106 por acuerdo de las partes, en caso de falta de este acuerdo el Juez conferirá la tenencia por la edad de los hijos o al progenitor que tenga mayor estabilidad emocional y madurez psicológica o se ve el interés superior del hijo, pero en ninguno de estos casos existe una responsabilidad de padre y madre como la de tener la patria potestad o la tenencia compartida.

Que es necesario una responsabilidad compartida porque eso vincula las consideraciones económicas, familiares y sociales, por cuanto esto evitaría que perjudique la relación con el otro progenitor y los abuelos, padres de éste último progenitor. Subsume en forma objetiva, las situaciones subjetivas de la tenencia temporal y la condición favorable hacia el hijo.

Que, La Constitución De La Republica Del Ecuador en su artículo 120 da atribuciones y deberes a la Asamblea Nacional es así que en el numeral seis norma que la Asamblea "Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio". Y en uso de las atribuciones que le confiere el Articulo 120 de la Constitución De La Republica expide lo siguiente.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional del Ecuador, y en ejercicio de sus facultades constitucionales que le confiere el Numeral 6 del Art. 120 expide la siguiente. **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:** en su Libro Segundo El Niño, Niña Y Adolescente En Sus Relaciones De Familia, Título III De La Tenencia Compartida, Art. 118 Procedencia, lo siguiente:

Art. 118.- Procedencia.- En el caso de divorcio con hijos habidos en el matrimonio el Juez anunciará la Tenencia Compartida como derecho de proporcionalidad para que las partes se pronuncien sobre el tiempo en que

empiezan asistirse de este derecho con el fin de asegurar las responsabilidades de la madre y del padre a favor de los hijos, sosteniendo el derecho familiar y relación que tienen los menores a más de los cuidados básicos vinculados al derecho superior asistido.

En caso de que las partes no se pronuncien el juez dividirá el año calendario en partes proporcionales ya sea en meses de par o en conjunto de 6 para que tanto el madre como el padre puedan mantener la custodia de los hijos, a los cuales la otra parte contribuir con el pago de la pensión alimenticia a favor de quien ejerza la custodia en su tiempo determinado.

El Juez previo a la valoración de Informe Social y psicológico de los progenitores y luego de haber escuchado la opinión del menor, podrá disponer la tenencia compartida, en donde la responsabilidad de los padres separados es conjunta respecto a los aspectos fundamentales de la vida de sus hijos, donde existe un mutuo derecho para decidir sobre su desarrollo personal, basados en su educación, salud, recreación, brindando un amparo psicológico, un amparo emocional y sentimental en compañía de sus padres.

Además el progenitor que enuncie su rechazo al derecho de la Tenencia Compartida, será manifestada ante el mismo juez quien la acogerá, no sin antes remitirlo a terapias familiares, psicológicas y de trabajo social, con la finalidad de que pueda a futuro enunciar el acceso al derecho de la Tenencia Compartida el mismo que deberá ser enunciado y corroborado con pruebas

que ratifiquen la condición de prestar garantías plenas al cuidado de sus hijos.

En el caso de que ambos progenitores rechacen la tenencia compartida, el Curador se hará cargo temporal del menor al cual ambos progenitores quedaran grabados por separado del pago de pensiones alimenticias sujetas a la Tabla Supa a favor del curador.

Puede atenuar su tenencia algún familiar ascendiente el cual accederá con los mismos derechos que se le asigna al curador.
En el caso de no existir y que el Curador manifieste su incapacidad de cuidarlo los menores pasaran a órdenes de un Orfanato de protección, quienes recibirán el pago de las pensiones de parte de los progenitores.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 11 días del mes de Noviembre del 2016.

f. LA PRESIDENTA	f. LA SECRETARIA
Gabriela Alejandra Rivadeneira Burbano	Libia Rivas Ordoñez

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia, primera edición, Germagrafic. S.A., Quito – Ecuador, 2003, p. 20

- CABANELLAS DE TORRES; Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Edición 1998, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina., 1998, p. 166, 352

- CABANELLAS, Guillermo Diccionario de Derecho Romano y latines Jurídicos, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 848

- CLARO SOLAR, Luis.- Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1944), pág. 395.

- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 307

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Codificación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 3, 11, 44, 45, 67, 69, 75, 76, 83

- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 21, 26, 96, 113, 188

- DE LA RÚA, Fernando: Recursos de Casación, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1994, p. 108

- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Jurídica Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 518, 783, 912

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 142, 351

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 525, 641

- GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTO MAGNO. Círculo Latino Austral S.A. Buenos Aires- Argentina. 2008, p. 245, 364, 545

- OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 101, 565, 669, 827

- PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, tercera edición. Tomo I, Quito – Ecuador, 2009, p. 121

- PONCE, Anshelo. Las ciencias penales y dactiloscopia. Editorial Correo legales, Quito – Ecuador, 2009, p. 33

- SÁNCHEZ, Manuel. Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato. 1989. p. 78.

- STORINI, Claudia, y otros: Perspectivas Constitucionales, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p, 6

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

- VELASCO CÉLLERI, Emilio: Sistema de Práctica Procesal Civil, Teoría y Práctica de la Acción de Daños y Perjuicios, Tomo VII, Colección Teoría y Práctica del Derecho, PUDELECO Editores S.A., Quito – 2005, p. 28

- ZAVALA EGAS, Jorge, ZAVAL LUQUE, Jorge, ACOSTA ZAVALA, José: Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2012, p. 296

INTERNET

- CORRESPONSABILIDAD: http://definicion.de/corresponsabilidad/

- http://es.wikipedia.org/wiki/Inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o

- ZAMBRANO ALVAREZ, Diego: Interés superior del niño y de la niña: puede consultarse: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2008/09/02/interes-superior-del-niNo-y-de-la-niNa

- UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL, Revista Jurídica, puede consultarse en: http://www.revistajuridicaonline.com

11. ANEXOS.

11.1. PROYECTO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES"

Proyecto de Tesis Previo a la obtención del Título de Abogado.

AUTOR:

Leyton Adrian Urvina Ocampo

LOJA – ECUADOR

2016

a. TEMA

“LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES”

b. PROBLEMÁTICA

La Tenencia Compartida es una figura legal que ha tomado fuerza últimamente como un mecanismo de resolver conflictos o de una manera más equitativa se deleguen responsabilidades a sus progenitores con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas. Si partimos de la premisa que las obligaciones y responsabilidades con respecto al menor son del padre y la madre así lo estipula el artículo 100 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia[83]. La Constitución de la República en su Art. 66 numeral 4,[84] establece el derecho constitucional de igualdad ante la ley pero aquello se desvanece cuando se produce una ruptura o separación de los padres de una forma automática por así decirlo, la custodia de los menores queda a cargo de la madre conforme las reglas establecidas en el artículo 108 inciso tercero numeral 1) del Código Civil[85]. Esto ha determinado que una de las partes obtenga cierta ventaja, si tomamos en cuenta que las obligaciones parentales deben ser iguales con respecto a los derechos debe ser en la misma proporción establecidos como visitas, tenencia y custodia, es ahí donde una de las soluciones a ese tipo de conflictos es la tenencia compartida.

---

[83] “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”.

[84] “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

[85] “A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad”

En nuestro país se ha iniciado a través de movimientos masculinos el debate de este tema pero prácticamente existe poco aporte jurídico o estudios que permita viabilizar este tipo de propuestas que mejorarían la convivencia entre progenitores y de la sociedad que es en sí uno de los fines de las leyes.

La presente investigación tomará en cuenta las distintas variantes sociales y jurídicas en torno a la Tenencia, los efectos que esto genera por la disputa de la custodia del menor o de la menor, por la falta de otros elementos jurídicos que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos.

Por lo tanto el problema a investigar la concretaré de la siguiente manera: ***"La inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social".*** Por lo expuesto, considero que sería necesaria una reforma al actual Código Orgánico de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, específicamente al Título III, de la Tenencia, ya que dicha problemática debe ser investigada facilitando la introducción de nuevas alternativas de solución al mismo.

c. JUSTIFICACIÓN

Justificación Social.- La presente investigación va enmarcada a los problemas que se han podido evidenciar en el entorno social, visto a que muchos expertos indican que al existir conflictos en las relaciones de los menores con sus progenitores generan en sí ciertos efectos emocionales que los conlleva a tomar decisiones equivocadas, por lo que esto se

convierte en un problema social que es necesario ser analizado para así encontrar posibles soluciones.

Justificación Académica.- El presente trabajo contiene un tema a ser investigado de mucha relevancia, lo que le da la importancia para ser tomada en cuenta como material de consulta para estudiantes, y porque no, para el público en general, incentivando a que en el país se realicen nuevas investigaciones en torno al presente tema.

Justificación Jurídica.- Por lo tanto, el principal motivo que me ha llevado desarrollar la presente investigación es su relevancia, los pocos aportes jurídicos existentes en nuestro país respecto de la Tenencia Compartida.

En países vecinos como Perú ya se ha tomado la Tenencia Compartida como medida jurídica de solución de los conflictos, en la disputa de derechos de los progenitores separados, respecto de sus hijos e hijas, por lo que es importante acogerlo como ejemplo a seguir en nuestro país.

Los conflictos familiares sobre la tenencia de menores se puede evidenciar con claridad en nuestro país, problemas que podemos verlos en los vecinos, amigos, conocidos, incluso en los mismos familiares que pueden pasar por este tipo de circunstancias; es ahí donde se encuentra la importancia del problema planteado para la presente investigación y lo que me ha motivado a desarrollar el presente trabajo, sobre todo por el aporte significativo que se le está brindando a la sociedad en general.

d. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del régimen legal que regula el derecho a la Tenencia de los hijos e hijas en nuestro país y las deficiencias jurídicas que afectan en las decisiones objetivas de los jueces competentes.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Determinar los efectos negativos que conlleva el otorgamiento de la Tenencia a solo uno de los progenitores.
- Demostrar las falencias existentes en la norma vigente y la necesidad de una actualización o reforma.
- Realizar una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole y los casos en los que puede aplicarse la misma.

HIPOTESIS

La inexistencia de una norma legal, que permita llevar una solución más viable para los litigios de tenencia de menores, afecta el interés superior del niño, lo cual impide un buen desarrollo emocional y afectivo de los hijos e hijas con sus padres, en las que además los que se beneficien sean todos los integrantes de la familia en el Ecuador, hace que se generen más perjuicios de los cuales el más afectado es el menor de edad.

e. MARCO TEORICO

En la presente investigación tomaré en cuenta las distintas variantes sociales y jurídicas que ha determinado la existencia de la Tenencia, como tema de suma importancia en el ámbito social, ya que en este se está tratando sobre los derechos de los integrantes más sensibles de la familia, los hijos, los mismos que son los más afectados por causa de la ruptura del lazo familiar. En el Ecuador poco o nada se ha hecho para tratar de buscar otras medidas más efectivas para la solución de este conflicto, ya que nos hemos limitado a cumplir al pie de la letra las leyes que actualmente rigen en nuestro país, las mismas que en sí se contradicen, ya que en un momento son igualitarias y al otro son discriminatorias.

Por ello pongo a consideración las diferentes temáticas que de alguna manera se convierten en el sostén del problema que preciso investigar, por lo tanto lo manifiesto de la siguiente manera:

Terminología de la Tenencia: La palabra Tenencia en lo jurídico **"…evoca una situación de imperfección o interinidad, por integrar el simple contacto ante el imperio del dominio. 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"[86].**

Sin embrago puedo decir que como refiere este importante autor es que la Tenencia es ejercer autoridad sobre un menor de edad, es decir en este caso el padre o madre sobre su hijo, lo que se podría consideras algo

[86] CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Tomo VIII.

abrupto, ya que considero que cuando el padre o madre adquiere la Tenencia de su hijo, no se convierte en autoridad, sino adquiere una responsabilidad, porque para ejercer la misma se necesita de mucha responsabilidad, porque en sí se está velando por el bienestar del menor y eso es algo que se podría decir es algo muy delicado.

La Patria Potestad y la Tenencia son dos términos que se han utilizado al referirse sobre la adquisición de los derechos de los niños, pero son dos términos muy distintos que a lo largo del tiempo se puede decir que equivocadamente se los ha considerado con un solo concepto. Por lo tanto es importante realizar esta aclaración y diferenciarlos, ya que la Patria Potestad:

> **"…no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley"[87].**

Es decir la patria potestad se refiere netamente al conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos, entonces se podría decir que la tenencia **"Es la permanencia física del menor junto a sus padres"[88].**

Con esto está más que claro la diferencia existente entre Patria Potestad y Tenencia, es decir la primera se refiere netamente a derechos sobre los hijos

---

[87] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3
de Enero del 2003.

[88] ANDRADE BARRERA Fernando, Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Edit. ANBAR. Vol. II. 2008. Pág. 358

y la segunda la convivencia física entre padres e hijos, pero para ser hacerlo más comprensivo he considerado necesario citar una sentencia dictada por una Sala de la Familia en Perú dentro del expediente N° 2237-98-Lima, en el que los Jueces hacen una notable diferenciación indicando:

> **"(…) la patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, ésta no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres; que no debe confundirse la patria potestad de la tenencia siendo ésta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto puede ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo, no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor adolescente (…)"**[89]

En el Ecuador se aplica un solo tipo de Tenencia, que es la Tenencia Monoparental, que se la puede denominar como Exclusiva, Única o Dividida, Singular, es decir que la convivencia diaria y permanente del menor es otorgada a uno solo de sus padres, dejando al otro únicamente el ejercer el derecho a visitas, que en sí a quien la ley ecuatoriana da prioridad el ejercer la misma a la madre.

> **"Al iniciarse el trámite judicial de tenencia ya sea peticionada por el padre o la madre del niño o adolescente, se observan contextos familiares diferentes según sea el caso; así que hay progenitores que peticionan la tenencia de sus hijos, solicitando un régimen de**

[89] LA COPARENTALIDAD (TENENCIA COMPARTIDA) EN EL PERÚ, www.academia.edu.

visitas para el otro padre; hay otros, que si bien es cierto peticionan la tenencia de sus hijos, solicitan además que el otro padre tenga un régimen de visitas limitado, esto es ya sea dentro del hogar donde el hijo habita o sea supervisado por un familiar directo; hay otro grupo de padres que peticiona la tenencia de sus hijos incluso solicitando que el otro padre no tenga oportunidad de interrelacionarse con su hijo, en otras palabras que no se le fije un régimen de visitas"[90].

En el ámbito judicial siempre existen controversias cuando se trata de la Patria Potestad y Tenencia de los Niños, ya que ningún padre quiere separarse de su hijo o en casos hay quienes toman medidas extremas como el intentar impedir que el menor se relacione con el padre que se le priva de la tenencia de su hijo. En tal sentido para el padre que tiene que conformarse con el derecho a visitas de su hijo, **"El legislador no ha precisado el número de visitas a que tiene derecho uno de los progenitores. Queda al buen criterio del juzgador"[91].**

Los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, se podría decir que:

"En términos generales derechos son aquellos que corresponden en forma esencial, o que son indispensables para asegurar a todo individuo una vida digna con libertad y justicia dentro de una sociedad jurídicamente organizada. Tradicionalmente a los niños, niñas y adolescentes se les ha inculcado una cultura de responder

[90] LA TENENCIA COMPARTIDA. www.teleley.com.
[91] ALBAN Fernando, GARCÍA Hernán, GUERRA Alberto. Derecho de la Niñez y Adolescencia. Pág. 155

a las obligaciones y no se los ha visto como seres humanos sujetos de derechos. En la actualidad se consideran derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Tiene derecho a ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física y moral, secuestro, venta abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los Tratados Internacionales. En general la familia, la sociedad, y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"[92]

El Interés Superior del Niño prevalece por sobre todos los derechos:

"a. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

b. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales

[92] ANDRADE BARRERA Fernando, Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Edit. ANBAR. Vol. I. 2010. Págs. 299, 300

con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente"[93].

Del respeto a los intereses fundamentales del niño, niña y adolescente y de la problemática de los conflictos familiares que trae como consecuencia la disolución y con ellos la desunión familiar, por ende la lucha por la custodia del hijo de familia, nace la necesidad de la solución más viable como es la Tenencia Compartida:

"Denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, en donde la responsabilidad de los padres separados es conjunta respecto a los aspectos fundamentales de la vida de sus hijos, donde existe un mutuo derecho para decidir sobre su desarrollo personal, basados en su educación, salud, recreación, brindando un amparo psicológico, un amparo emocional y sentimental en compañía"[94].

"Como se percibe de la sola interpretación literal de la norma, la tenencia compartida o custodia compartida puede ser determinada además de común acuerdo, mediante una decisión judicial motivada prioritariamente en el bienestar e interés del menor"[95]

Quedaría bajo el criterio del Juez otorgar la Tenencia Compartida en los casos en que uno de los padres no quiera compartirlo con el otro; previo a

---

[93] ESCUDERO ALZATE María Cristina, Procedimiento de Familia y del Menor. Edit. Leyer. Pág. 1032

[94] LA COPARENTALIDAD (TENENCIA COMPARTIDA) EN EL PERÚ, www.academia.edu.

[95] LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS, www.divorciosporinternet.com.

varias diligencias, las mismas que permitirán determinar si es conveniente o no otorgar la Tenencia Compartida.

La justificación más razonable para el otorgamiento de la Tenencia Compartida sería el no resquebrajamiento de las relaciones parento-filiales, por lo que:

> **"Los que nos encontramos en contacto con el Derecho de Familia sabemos que al producirse el quiebre de la pareja y uno de las partes no acepta tal, se producirán de por sí, consecuencias respecto a todo lo relacionado con el hogar que se desintegra, no sólo en el aspecto patrimonial sino sobre todo en el lado más débil y vulnerable que es la relación afectiva padres-hijos y viceversa, pues además de que los hijos se ven obligados a separarse y alejarse de uno de los padres, está en peligro que el progenitor poseedor de la tenencia del niño o adolescente no permita su interrelación con el otro, traduciéndose ello inicialmente en un impedimento a las visitas y quizá en un posterior rechazo de los hijos al contacto con el padre que no ve"[96].**

No se considera viable otorgar la Tenencia a solo uno de los progenitores ya que se estaría así ocasionando ciertas afectaciones hacia el niño.

> **"Los hijos son de la pareja, por lo tanto el derecho de tenencia debe ser de ambos progenitores, resulta absurdo otorgar prioridad a uno de los progenitores, además de ser fundamentalmente un derecho del hijo en su relación parental"[97].**

---

[96] LA TENENCIA COMPARTIDA. www.teleley.com.
[97] EFECTOS DE LA LEY 26.618 EN EL DERECHO DE FAMILIA. www.derecho.uba.ar.

Al tomar en cuenta la coparentalidad como una posible solución a los conflictos de familia, se puede decir que va apegado con lo que prescribe en la Constitución de la República, en la misma que se vela por el interés superior del niño y además se estaría en este caso cumpliendo lo manifestado en los Tratados Internacionales sobre los Derechos del Niño, por ello las principales concordancias son:

> **"Dignidad de la persona humana, porque todo niño o adolescente es una persona a quien inclusive por su condición natural se le debe brindar una mayor protección frente a su relación con sus progenitores. Derecho a la identidad y desarrollo de la integridad física y psicológica (bienestar). Derecho a la intimidad personal, porque el vínculo entre progenitores e hijos no puede estar garantizado si existen condiciones entre ellos que pudieren limitar el contacto o vínculo"[98].**

Se puede dar certezas de las ventajas de la Tenencia Compartida ya que beneficia a todos los integrantes de la familia, ya que a pesar de su disolución, su vínculo filial seguirá intacto y el menor poco o nada sufrirá las consecuencias de la separación de sus padres, y los efectos emocionales en el mismo serán mínimos. Es decir:

> **"Con la modificatoria se presente construir una regulación legal sobre la base general de la realidad social de las partes en un proceso, sin embargo y como se ha esbozado en el presente**

[98] COMENTARIOS A LA LEY DE TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERU. http://blog.pucp.edu.pe/

artículo la tenencia compartida se debe considerar en el supuesto en donde se pueda entender adecuado según el contexto familiar de cada caso en concreto, ya sea consensuada o estimada por el Juzgador, ateniendo a las circunstancias más adecuadas para los niños y adolescentes y que favorezca sus intereses; sin embargo hay que tener presente que sobre la norma se debe trabajar principalmente en la oportunidad que brinden los progenitores para que esta institución se desarrolle puesto que ellos son quienes en principio, están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenio y qué es lo más beneficioso para sus hijos a efectos de poder vincularse con ellos de la manera más conveniente para ellos"[99].

Es importante tomar la iniciativa en la aplicación de esta nueva alternativa de solución a los conflictos que se da entre los progenitores por obtener de una u otra manera la custodia de sus hijos, tomando el buen ejemplo de países como Estados Unidos, España, Chile, Argentina, los mismo que ya están aplicando esta norma, resaltando también lo manifestado en el Código de la Niñez y Adolescencia que indica que se respetará los acuerdos que se llegue entre progenitores, siempre que este no afecte los derechos de sus hijos o hijas, pero hay factores que en nuestro país no permiten esto, como así lo señalan los juristas Rodrigo Saltos Espinoza y Rodrigo Saltos Falquez:

"Nosotros como jueces hemos intentado promover esta tenencia o patria potestad compartida, pero nuestra idiosincrasia, costumbre o

[99] LA TENENCIA COMPARTIDA. www.teleley.com

cultura no lo permite, cada padre o madre ha tomado o toma su propio rumbo; cada cual tiene su nueva pareja, nuevos hijos y familia lo cual hace imposible una convivencia pacífica; en la mayoría de los casos las disputas de estos dos derechos la tenencia y patria potestad han desembocado en casos graves de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR reflejados en sendos juicios penales,…"[100]

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, en su numeral 1) señala: ***"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".***[101] Este mismo que lleva concordancia con lo manifestado en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en vigencia que también manifiesta: ***"El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.***

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños,

---

[100] SALTOS ESPINOZA Rodrigo y SALTOS FALQUEZ Rodrigo, La Conflictividad de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Pág. 372.
[101] http://www.unicef.org

niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla".[102] Es decir estas dos normas tienen un mismo objetivo, que se vele por el interés superior del niño, niña y adolescentes, que este principio tiene prioridad por sobre cualquier otra norma que manifieste lo contrario o que sea oscura respecto de los derechos de los menores. Confirmada también por la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 44 ratifica que el Estado junto con la sociedad y la familia, son los encargados de promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, dando prioridad a su interés superior, por sobre cualquier otra norma, además de que sus derechos prevalecerán por sobre los derechos de cualquier otra persona.

No está por demás recordar que la esencia de nuestra legislación es proteger los derechos de los menores, buscar su bienestar, su estabilidad, etc., pero se puede decir que no es suficiente con lo que ya se está aplicando, y es necesario una actualización de la norma en torno al desarrollo de la sociedad, ya que estamos en un Estado garantista, ya no legalista como fue en épocas anteriores.

---

[102] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 11.

El Art. 108.1 del Código Civil señala: ***"A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad"[103].*** Este artículo señala que cuando exista una separación de una familia, quien tiene prioridad a obtener la tenencia de los hijos es la madre, dejando al padre en esta caso obtener como consuelo un derecho a la visita, lo que genera una desigualdad de derechos, contrario a lo que pregona la Constitución del 2008, en su Art. 66.4 señala: ***"Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"[104].*** Se muestra aquí la clara contradicción, lo que pone en conflicto acerca de la aplicación de las mismas y generando conflictos en el desarrollo de los procesos litigiosos que se dan en torno al derecho a la Tenencia de Menores, si bien el Art. 100 señala: ***"El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes"[105].*** El mismo que en algo concuerda con la igualdad de derechos manifestado en la Constitución, no garantiza que sea aplicada por los jueces ecuatorianos.

Art. 118: ***"Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.***

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo

[103] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Civil, Art. 108.1.
[104] REPUBLICA DEL ECUADOR, Constitución 2008, Art. 66.4.
[105] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 100.

siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior"[106]***.*** Este artículo señala que cuando el Juez estime conveniente otorgará el cuidado de los hijos a uno de los progenitores, es decir la tenencia es unilateral, rompiendo las relaciones parentofiliales.

Art. 119: ***"Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.***

Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores"[107]***.*** Este artículo refiere a que las resoluciones de Tenencia no causa ejecutoría, y que por ende se puede realizar cualquier tipo de modificación que según la misma norma, esta no debe producir perjuicios psicológicos a los hijos, pero en realidad cada cambio genera un efecto en los niños.

Art. 120: ***"Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presuma se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto"***[108]***.*** Se puede decir que este artículo contradice un poco con lo manifestado en el inciso segundo del artículo anterior, en el que indica que en los casos de cambio de tenencia se velará

[106] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, Art. 118.
[107] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 119.
[108] REPUBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 120.

por no causar perjuicios emocionales en los menores, pero en este señala hasta de un allanamiento, sabiendo los efectos emocionales que causa en los menores al ver que a la fuerza están siendo trasladados a otro hogar, ya que las resoluciones son de inmediata ejecución, donde se vela por el bienestar emocional de los hijos?, deja mucho que analizar este artículo.

Por todo lo expuesto considero importante se realice una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, implementando a la Tenencia o Patria Potestad Compartida como medida de solución viable a los conflictos sobre derechos de los menores, considerando que el interés superior del niño prevalece por sobre el derecho de cualquier otra persona.

f. METODOLOGIA

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que quiero realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación “socio-jurídica”, que

se concreta en una investigación del Derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales, de modo concreto procuraré establecer la necesidad de cambiar el procedimiento especial que se maneja en estos casos de conflictos por la obtención de la Tenencia de los menores, y elegir la Coparentalidad o Tenencia Compartida como una solución a los litigios, ya que esto beneficiará a todos los integrantes de la familia, disminuyendo en gran parte los efectos emocionales que estos ocasionan en los miembros de la familia, en especial del integrante más dócil, el niño.

Procedimientos y Técnicas

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

Esquema Provisional del Informe Final

El Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el artículo 144 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Material y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el

Informe Final de la investigación socio – jurídica, propuesta siguiendo, la siguiente estructura lógica:

En primer lugar se concrete el acopio teórico, comprendiendo: a) un marco teórico conceptual, la existencia conflictos por la obtención de la Tenencia de los menores, y elegir la Coparentalidad o Tenencia Compartida como una solución a los litigios, ya que esto beneficiará a todos los integrantes de la familia, disminuyendo en gran parte los efectos emocionales que estos ocasionan en los miembros de la familia, en especial del integrante más dócil, el niño; etc. b) criterios doctrinales sobre la problemática de enmendar ciertas normas del Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de que se adopte a la Tenencia Compartida como la opción más viable a la solución de conflictos en esta materia, y así se disminuya los efectos sociales, jurídicos y emocionales que estos provocan, c) un marco jurídico tomando en consideración toda la norma legal que exige el caso de niños, niñas y adolescentes acerca de lo que se va a investigar.

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas; b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas. Y, en un tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de las hipótesis, b) la deducción de conclusiones; y, c) el planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de tesis.

g. CRONOGRAMA DE TRABAJO:

ACTIVIDADES / TIEMPO	AÑO				
	2016				
	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio.	X				
Elaboración del Proyecto de Investigación y Aplicación.	X				
Investigación Bibliográfica.		X			
Investigación de Campo.			X		
Confrontación de los resultados de la Investigación con los Objetivos e Hipótesis.			X		
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica.				X	
Redacción del Informe Final, revisión y corrección.				X	X
Presentación y Socialización de los Informes Finales. (Tesis)					X

h. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

TALENTO HUMANO

- Director de Tesis: Por Designar
- Autor: Leyton Adrián Urvina Ocampo

RECURSOS MATERIALES

Entre los recursos materiales utilizaré:

- Útiles de oficina: Papel, esferográficos, carpetas, pen drive;
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, y
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicios de internet.

DETALLE **COSTO**

EN DOLARES

- Material de escritorio……..…..$ 100,00
- Material Bibliográfico……...…….$ 200.00
- Fotocopias…….…..……...$ 200.00
- Reproducción y Empastado de Tesis…….……....$ 150.00
- Derechos y Aranceles…….…….....$ 500.00
- Internet…….…….…..…….$ 50.00
- Movilización…….…….…….$ 500.00

TOTAL:

$ 1.700,00

PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

El presupuesto queda indicado en la parte superior además la presente se financiará exclusivamente con recursos propios.

i. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Tomo VIII.
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003.
- ANDRADE BARRERA Fernando, Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Edit. ANBAR. Vol. II. 2008.
- ALBAN Fernando, GARCÍA Hernán, GUERRA Alberto. Derecho de la Niñez y Adolescencia.
- ESCUDERO ALZATE María Cristina, Procedimiento de Familia y del Menor. Edit. Leyer.
- SALTOS ESPINOZA Rodrigo, SALTOS FALQUEZ Rodrigo, La Conflictividad de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Biblioteca Jurídica. 2013.
- CODIGO CIVIL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010.
- http://www.teleley.com/articulos/a021208-6.pdf
- http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/11/07/comentarios-a-la-ley-de-tenencia-compartida-en-el-peru/
- http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA
- http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/tenencia%20compartida.htm

- http://www.divorciosporinternet.com/la-custodia-compartida-de-los-hijos
- http://www.anupa.com.ar/articulos/page15.html
- http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/ferrer-la-ley-26618-y-el-art-206-codigo-civil.pdf
- http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001334/133434So.pdf

11.2. FORMATO DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Señores abogados: En calidad de egresado de la Carrera de Derecho, con la finalidad de desarrollar mi tesis intitulada "LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LA TENENCIA COMPARTIDA DE MENORES", dígnese contestar el siguiente cuestionario:

1. ¿Cree usted que se desvanece el principio de igualdad en la ley para el cuidado y protección de los hijos, por la ruptura o separación de los padres?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué?.....

.....

2. ¿Considera usted aunque existe una ruptura o separación de los padres, debe prevalecer sus responsabilidades con respecto al cuidado y tenencia de sus hijos e hijas?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué?.....

.....

3. ¿Estima usted que la custodia de los hijos a favor de la madre por establecido en el Código Civil, es una desventaja para el otro progenitor respecto que la igualdad debe ser en proporción en las visitas, tenencia y custodia?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué?.....

.....

4. ¿Piensa usted que la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, genera efectos familiares y jurídicos, por la falta de otros elementos jurídicos en el Código Civil que lleve a la mejor solución conciliatoria en torno a los derechos y responsabilidades de los progenitores sobre sus hijos?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué?.....

.....

5. ¿Cree usted que la inflexibilidad del derecho de tenencia de los hijos, genera que estos sientan poco afecto emocional hacia uno de sus padres y por ende esto causa efectos negativos en su futuro social?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué?.....

.....

6. ¿Estiman conveniente reformar el Código de la Niñez y Adolescencia adoptando la Tenencia Compartida como una medida de solución a los conflictos de esta índole y los casos en los que puede aplicarse la misma?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué?.....

.....

ÍNDICE

PORTADA.....i

CERTIFICACIÓN.....ii

AUTORÍA.....iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

DEDICATORIA v

AGRADECIMIENTO vi

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract. 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA..... 8

5. MATERIALES Y MÉTODOS 81

6. RESULTADOS..... 84

7. DISCUSIÓN 96

8. CONCLUSIONES 102

9. RECOMENDACIONES..... 104

9.1. Propuesta de Reforma..... 106

10. BIBLIOGRAFÍA 111

11. ANEXOS..... 115

ÍNDICE 142