UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

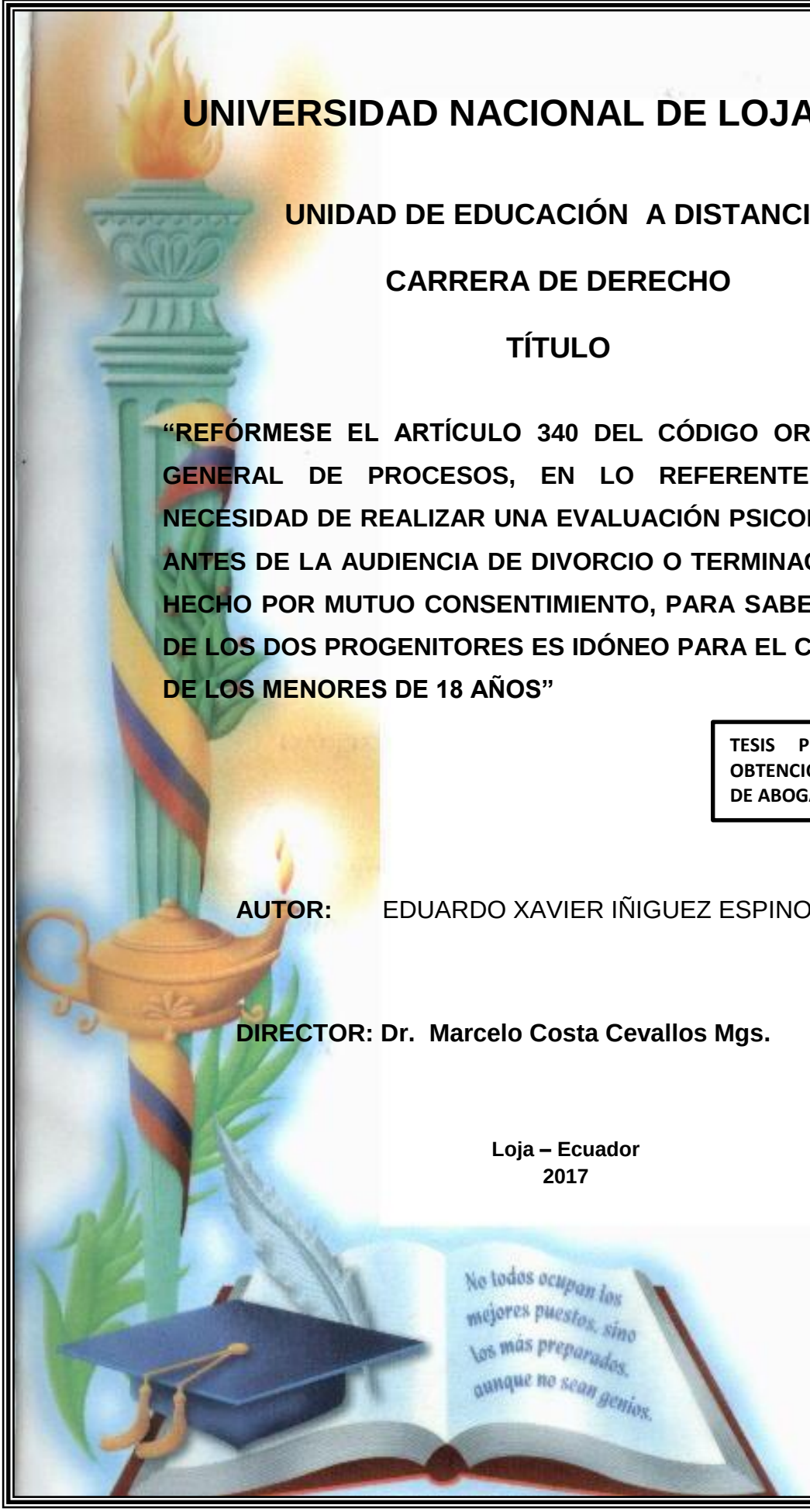
"REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

DIRECTOR: Dr. Marcelo Costa Cevallos Mgs.

Loja – Ecuador
2017



CERTIFICACIÓN

DR. DR. MARCELO COSTA CEVALLOS MGS. DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que la presente tesis denominado **"REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS"** elaborado por el **EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA**, ha sido planificada y ejecutada bajo mi supervisión, por lo tanto y haber cumplido con los requisitos establecidos por la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación, sustentación y defensa ante el tribunal designado para el efecto.

Loja, Mayo del 2017.

.....

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mgs.
DIRECTOR DE TESIS

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA**, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

Firma:----------

Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

Cédula: 1104208895

Fecha: Loja, mayo 2017

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, **EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA** declaro ser autor de la tesis **"REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS** "como requisito para optar al grado de Abogado; Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional .

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 23 días del mes de mayo del dos mil diecisiete.

Firma: .....
Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

Cedula: 1104208895

Dirección: Av. Gran Colombia y Riobamba - Loja

Correo Electrónico: eduardoiniguez663@gmail.com

Celular: 0967777843 072720260

Datos complementarios

Director de Tesis: Dr. Marcelo Costa Cevallos Mgs.

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda	**Presidente**
Dr. Mg. Felipe Solano Gutiérrez	**Vocal**
Dr. Mg. Darwin Romeo Quiroz Castro	**Vocal**

DEDICATORIA

Doy infinitas gracias

A DIOS por haberme permitido llegar hasta este punto, haberme dado salud para lograr mis objetivos planteados.

A mis padres en especial a mi querida madre que desde el cielo ilumina y guía mi camino para poder llegar alcanzar mí meta, a mi padre por su apoyo incondicional y por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida.

Y a mí querida esposa Mayra Gonzaga y mis hijas María Paula y Carmen Raquel, que son el motivo principal día a día, porque ellas han sido mi inspiración y una bendición en mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mi Dios por permitirme estudiar y poder alcanzar mis metas propuestas en mi vida profesional, y darme los dones de la sabiduría, entendimiento y fortaleza espiritual necesaria para la realización de este trabajo.

De la misma manera agradezco a la Universidad Nacional de Loja, por haberme dado la oportunidad de cursar mis estudios en la carrera de Derecho en este importante centro, empeñados en la formación de profesionales idóneos.

Al todo el cuerpo docente desde mis primeros años, que impartieron sus conocimientos desinteresadamente, permitiendo que nos formemos como profesionales capaces y responsables.

A las Instituciones Asignadas que brindaron apertura y me acogieron en las realización de las practicas pre profesionales.

Y a todas aquellas personas, que de alguna u otra forma prestaron su colaboración y ayudaron para llevar esta investigación adelante

Eduardo Xavier Iñiguez Espinosa
1104208895

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN
AUTORÍA
CARTA DE AUTORIZACIÓN
DEDICATORIA
AGRADECIMIENTO
TABLA DE CONTENIDOS
1. TÍTULO:
2. RESUMEN
2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
4.1. MARCO CONCEPTUAL
4.2. MARCO DOCTRINARIO
4.3. MARCO JURÍDICO
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
5. MATERIALES Y MÉTODOS
6. RESULTADOS
7. DISCUSIÓN
8. CONCLUSIONES
9. RECOMENDACIONES
9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA
10. BIBLIOGRAFÍA
11. ANEXOS PROYECTO

1. TÍTULO

“REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS”.

2. RESUMEN

La presente tesis se motivó por cuanto la Carta Magna reconoce a la familia como la célula social básica, con diferentes formas de conformación del núcleo familiar como el matrimonio y la unión de hecho.

Así mismo el citado cuerpo legal señala que la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo; es decir el Estado promoverá la corresponsabilidad materna/paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Sin embargo por factores sociales, lamentablemente la familia ha sido profundamente afectada y son frecuentes los divorcios y la separación de los progenitores, en donde muchas de las veces los menores de 18 años quedan al cuidado de uno de sus progenitores el cual puede ser que no esté apto para el cuidado de sus hijos en vista de estar afectado psicológicamente por su divorcio.

Por lo señalado en los párrafos anteriores se plantea este trabajo de investigación el cual lleva por título: **“REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340**

DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS", para poder otorgarle el cuidado de los hijos ya sea al padre o a la madre, éstos deberían primeramente pasar por un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de impúberes, en vista de que siempre un divorcio puede afectar psicológicamente a uno de los padres.

2.1 ABSTRACT

This thesis is motivated because the Constitution recognizes the family as the basic social unit, with different ways of shaping the nuclear family as marriage and the union.

Also on that code he states that the mother and father are obliged to care, upbringing, education, food, integral development and protection of the rights of their children, especially when they are separated from them for any reason; in the State shall promote maternal / paternal and monitor the implementation of the reciprocal rights and duties between mothers, fathers, daughters and sons.

However by social factors, unfortunately the family has been deeply affected and frequent divorce and separation of parents, where many of the time under 18 remain in the care of a parent who might not is suitable for the care of their children in view of being psychologically affected by their divorce.

As noted in the preceding paragraphs this research which is entitled arises: "REFÓRMESE ARTICLE 340 OF THE CODE GENERAL ORGANIC PROCESS, AS TO THE NEED FOR A PSYCHOLOGICAL EVALUATION, BEFORE THE HEARING OF DIVORCE OR ENDING

MADE BY MUTUAL CONSENT TO KNOW WHICH OF THE TWO PARENTS IS SUITABLE FOR CARE OF CHILDREN UNDER 18 YEARS "as to give the child care either father or mother, they should first go through a psychological examination, where the Technical Unit of the Judicial Council stating which of the two parents is psychologically suitable for the care of their minor children of prepubescent, given that a divorce can always psychologically affect a parent.

3. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 44 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….”

Así mismo el artículo 45 del mismo cuerpo legal señala: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción…..”

Finalmente el artículo 69 de la Carta Magna manifiesta que se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”. Es decir el Estado señala que tanto la madre como el padre tienen el deber de vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos de sus hijos.

El artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, señala: “Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente.

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho……”

De lo citado, puedo manifestar que no concuerdo con los preceptos antes señalados, en lo que respecta a que se le otorgue ya sea a la madre o al padre el cuidado de los menores después de disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho por mutuo consentimiento, en vista de que muchos de los progenitores luego de un divorcio pueden quedar afectados psicológicamente, razón por la cual se necesita reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de

que para poder otorgar la custodia de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente someterse a una evaluación psicológica, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

LA FAMILIA

"La familia es la célula básica del cuerpo social, la más universal de las instituciones, el agente de socialización por excelencia. También es la portadora de un patrimonio cultural que deja en todos nosotros su sello. No cabe duda de su importancia, pero sin embargo no existe una definición consensuada la misma. Por esta razón y para aproximarnos al concepto, proporcionamos una definición propia, fruto de nuestra revisión documental acerca de la Sociología de la familia. Entendemos la familia como la institución basada en lazos de relación del matrimonio, descendencia o adopción constituida por padres, no necesariamente casados, y sus hijos, unidos y fortalecidos por el amor y el respeto mutuo. Haciendo el concepto más elástico, la concebimos como el conjunto de personas que comparten unas necesidades afectivas y unas funciones compartidas y negociadas por sus miembros. Esta concepción intenta aproximarse a los modelos familiares actuales, aunque resulta difícil en una sola definición reflejar la familia actual española, ante la inusitada multiformidad que acontece"1.

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

“Sea por el linaje o por la sangre, la constituyen el conjunto de ascendientes, descendiente y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados, con el predominio de lo afectivo o lo hogareño, la familia es la inmediata parentela de uno”[2]

La familia constituye el medio ambiente, en el que el ser humano se va tornando apto para la vida en la sociedad, donde el niño va aprendiendo a valorar la atención, el cuidado y la protección que como persona necesita y recibe, es cuando va formando su carácter y va adquiriendo las cualidades de persona, al mismo tiempo que las atenciones y el cuidado que tenga dentro de su primeros años, repercute en toda su vida. La familia juega un rol determinante en el desarrollo de la personalidad de los menores, de sus aptitudes y comportamiento. Es el escenario donde los menores aprenden a respetar los derechos y las propiedades de los otros y se forman con sentimientos de cooperación y ayuda, donde con estos principios, valores y ejemplos van a conformar otro hogar con otra persona.

“Según el Derecho Romano la palabra familia se emplea frecuentemente como sinónima de patrimonio o herencia, Según Ramón García Pelayo, la familia “La conforman el padre, la madre y los hijos que viven bajo un

2 Guillermo Cabanellas de la Torre, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina 2003, página 166.

mismos techo, todas las personas de la misma sangre, como tíos, primos, sobrinos etc.”[3]

“Se define como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, o circulo de personas emparentadas civilmente por el parentesco, ya sea por consanguineidad o afinidad, hasta por adopción o como personas que descendiendo de un tronco común, se hallan unidos por los lasos del parentesco”[4]

“Es el núcleo o célula fundamental de la sociedad, institución del derecho natural, protegida por el derecho de múltiples maneras, por los tratados internacionales, el Derecho Constitucional, el penal etc. La familia se funda en la base del matrimonio, y comprende a los cónyuges, los hijos y otros parientes, que dependen social y económicamente del mismo hogar común, hay sin embargo familias irregulares e incompletas.”5

Finalmente, se puede concluir que la familia, es la reunión de dos o más personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe, o también se puede decir que es el conjunto de las personas que

3 Dr. Ramón García Pelayo y Cross, Diccionario Larousse. Ediciones Arouse; Montparnasse- Paris, Página 458
4 FERNADO Andrade Barrera. Diccionario Jurídico educativo de los derechos de la niñez y adolescencia, Fondo de la Cultura Ecuatoriana 2008, página 421
5 LARREA Holguín Juan, DICCIONARIO DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO, Quito-Ecuador, 2006, Pág. 179.

descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco.

DERECHO DE FAMILIA.

"Así entendido, el Derecho de Familia es el conjunto de principios jurídicos y de normas legales, cuyo objeto exclusivo o principal o indirecto o simplemente accesorio, es determinar la condición de las personas y presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia"6.

El Diccionario Jurídico Espasa, señala: "Es la parte del Derecho Civil que tiene por objeto las relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye el eje central la familia, el matrimonio, y la filiación"7.

El tratadista Luis Parraguez Ruiz, señala: "Este ente social complejo de la familia, donde se convocan los intereses individuales y colectivos, necesidades afectivas y materiales, requiere de un ordenamiento que ajuste su sistema de relaciones internas y externas. Este sistema normativo es el Derecho de Familia, rama tradicional del derecho civil, al que podemos

6 LÓPEZ HERRERA, Francisco, 2008, Derecho de Familia, Segunda Edición Actualizada, Tomo I, Publicaciones UCAB, Caracas-Venezuela, p. 25.
7 DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, 2001, Editorial Jurídica Siglo XXI, Madrid-España, p. 528.

definir, por consiguiente como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de la familia, tanto en su estructura interna, que dice relación con la posición, derechos y obligaciones de sus integrantes, como en sus vinculaciones con el resto de la sociedad. En consecuencia, compete a esta disciplina el régimen normativo del matrimonio, sus requisitos, extinción y efectos; del parentesco; y de la relación paterno-filial"8.

Según lo descrito anteriormente podemos acotar que la familia es una institución que ha atravesado una evolución de tipo jurídico, es por ello que nuestro articulado legal establece y regula derechos fundamentales para la misma; en la que se cuenta con normas de contenido social, valores y principios que garantizan las relaciones de la familia con la sociedad y las entidades gubernamentales, al tiempo que asegura los procedimientos para el ejercicio, protección y cumplimiento de los derechos.

PARENTESCO.

"Se define como parentesco al lazo establecido a raíz de consanguinidad, adopción, matrimonio, afinidad u otro vínculo estable basado en el afecto genuino. Se trata, por lo tanto, de relaciones que pueden desencadenarse

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

por factores biológicos o no y que se organizan de acuerdo a líneas que permiten reconocer múltiples grados”[9].

“Parentesco, es la relación recíproca entre las personas, provenientes de la consanguineidad, adopción, afinidad.” [10]

A lo citado se puede añadir que en sentido estricto, parentesco es el vínculo que une a las personas que descienden unas de otras o poseen un ascendente común, en pocas palabras están unidas por la sangre; mismo que permite reconocer múltiples grados; dentro de parentesco se puede considerar al lazo conformado a partir de la adopción y matrimonio cuya sujeción es estable basado en un afecto real.

NIÑO.

“Etimológicamente, el término “niño” viene del latín infans que significa “el que no habla”. Los romanos utilizaban este término para designar a las personas desde su nacimiento hasta los 7 años de edad.

El significado evolucionó a través de los siglos y las culturas hasta llegar a ser usado para nombrar al ser humano en la etapa que comprende desde su nacimiento hasta la adultez. Esta concepción del niño, sin embargo,

9 WWW. Google. Definición de parentesco - Qué es, Significado y Concepto http://definicion.de/parentesco/#ixzz2IFKrY1Yi. 17 de enero 2013

10 GUILLERMO, Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Elisasta página 283.

era muy amplia y la definición de mayoría de edad variaba dependiendo de la cultura.

La idea detrás de esta definición y de todos los textos referentes al bienestar infantil es que los niños son seres humanos dignos y con derechos.

Lo que caracteriza a los niños es su juventud y vulnerabilidad. El niño, al estar en proceso de crecimiento, no cuenta con los medios ni las herramientas necesarias para protegerse a sí mismo.

El niño, por tanto, debe ser objeto de una atención especial y una protección específica. Bajo estas premisas han sido adoptados acuerdos que proclaman la protección del niño y sus derechos”10

Para Rafael Martínez Morales niñez es la: “Época del sujeto humano que comprende desde su nacimiento hasta la aparición de la pubertad”.11

“Se considera como tal toda persona menor de 18 años, a menos que las leyes de un determinado país reconozcan antes como mayor de edad, los

10 http://www.humanium.org/es/definicion/
11 MARTINEZ MORALES, Rafael; “Glosario Jurídico Civil”, Volumen 4, editorial IURE editores, México, 2005, Pág. 57.

niños/ñas son considerados como personas con derechos y responsabilidades, los niños/ñas dejaron de ser sujetos pasivos para ser sujetos de derechos, y ya no se consideran propiedad de sus padres o seres indefensos, reconocer sus derechos de los niños, niñas y adolescentes nos permite conocerlos como seres integrales”[12]

“Un niño es un ser humano que aún no ha alcanzado la pubertad. Por lo tanto, es una persona que está en la niñez y que tiene pocos años de vida. En su sentido más amplio, la niñez abarca todas las edades del niño: desde que es un lactante recién nacido hasta la pre- adolescencia, pasando por la etapa de infante o bebé y la niñez media”[13].

“En nuestra legislación se considera niño/a a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Si existiera dura acerca de la edad de una persona, se le considerará niño/a o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”14.

12 FERNADO Andrade Barrera. Diccionario Jurídico educativo de los derechos de la niñez y adolescencia, Fondo de la Cultura Ecuatoriana 2008, página 213.
13 WWW Google Lee todo en: Definición de niño - Qué es, Significado y Concepto http://definicion.de/nino/#ixzz2IFJ4b5Tu 17 de enero de 2013/ 11H00
14 DICCIONARIO JURÍDICO EDUCATIVO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 2010, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, p. 106.

“Es la persona que no ha cumplido los siete años; Se llama también infante, la palabra niño; nos manifiesta que no ha llegado a la pubertad, y seguirán cuidando de él, sus padres**”**[15]

De acuerdo a esto podemos señalar que se considera a niño a un individuo indistintamente de su sexo o raza que se encuentra en un periodo que abarca desde el nacimiento hasta la edad de 7 años y que se caracteriza por no poseer un grado de madurez y desarrollo suficiente para alcanzar su autonomía. Es en ésta fase en la que se desarrollan las capacidades y condiciones esenciales para la vida, la mayor parte de su cerebro así como sus conexiones, por ello es esencial el amor y la estimulación intelectual en un entorno adecuado que le permita generar seguridad y autoestima necesarias para su correcto desenvolvimiento.

PROGENITORES.

“Progenitores, cuyo origen etimológico nos remonta al latín progenitor, es un término que se usa para nombrar a los padres de un individuo. En concreto, el concepto refiere a los parientes que, respecto a un sujeto, se hallan en una línea ascendente.

15 Juan Larrea Holguín, Diccionario de Derecho Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2006, página 315.

La progenie es el mecanismo más importante del ser humano para establecer grupos sociales. Cuando los progenitores tienen su descendencia, forman lo que conocemos como familia. El niño, al crecer, se convertirá en un adulto que tendrá su propia descendencia, agrandando así la familia original formada por sus progenitores quienes, obviamente, han tenido sus propios progenitores.16”

Ser progenitor involucra mucho más que ser partícipe en el proceso reproductivo, el proceder del progenitor a lo largo del transcurso de la crianza constituye un punto fundamental, pues durante este período en la vida de su hijo o hija a más de amor y cuidado, le enseñará valores y principios, le instruirá, le enseñará a enfrentar los desafíos propios de cada etapa de su vida, le infundirá confianza, cuando los requiera y le proveerá un buen ejemplo a seguir para que se transforme en una persona de bien que de lo mejor de sí a la sociedad en la que se desarrolla.

PADRE.

“Del latín pater, un padre es un varón o macho que ha engendrado o que ha adoptado una función paternal, esto quiere decir que un hombre puede

16 http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/progenitor.php

convertirse en padre en un sentido biológico, tras mantener relaciones sexuales con la madre del niño, o a partir de una responsabilidad social y cultural que adquiere al recurrir a la adopción”17.

Guillermo Cabanellas define la palabra Padres como: “El Padre y la madre de un ser. I Todos los hombres que tienen hijos. I Por extensión los abuelos y (abuelas). I Los antepasados más remotos”.18

Se entiende por padres: “1. El padre y la madre. 2. Dícese por los abuelos o por los antepasados”.19

Guillermo Cabanellas define a la madre como: “Mujer que ha dado a luz uno o más hijos. | La mujer respecto de su hijo o hijos. | Mujer del pueblo cuando ya es anciana”.20

Analizando lo citado, diremos que padre es un individuo varón que ha engendrado o que ha adoptado una función paternal. Esto significa que un hombre puede convertirse en padre en un sentido biológico o mediante una responsabilidad social y cultural que adquiere al recurrir a

17 MACÍAS Carmigniani Miguel, Ab., “LA FAMILIA ECUATORIANA”, Editorial Universidad Santiago de Guayaquil, Guayaquil-Ecuador, Año 2008, Pág. 47.

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

19 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo VIII-II, Editorial Bibliográfica OMEBA, México, 2005, Pág. 1384.

20 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L, 16ª edición, Buenos Aires-Argentina, 2003. Pág. 245.

la adopción**.** Su función, por lo tanto, excede la cuestión meramente biológica o la reproducción. Se trata de una figura clave en el desarrollo de un niño ya que debe protegerlo, educarlo y ayudarlo en las distintas etapas de su crecimiento**.**

MADRE.

“Es la hembra o mujer que ha parido, su concepto trasciende a la biología, las mujeres que adoptan a niños también se convierten en madres ya que cumplen la misma función que está vinculada a la mujer que da a luz, esto quiere decir que ser madre va mucho más allá que engendrar un hijo, sino que incluye cuestiones como el amor, el cuidado y la atención”21.

“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 ascendente.

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 circunstancias y las del hombre de quien tuvo el hijo, éste tendrá una u otra calificación: legítimo,

21 Ibidem, Ob. Cit. Pág. 48.

natural, adulterino, incestuoso, sacrílego, máncer; en la nomenclatura jurídica argentina, matrimonial o extramatrimonial.

Afecta luego a la patria potestad, que unas legislaciones atribuyen conjuntamente a ambos progenitores, y otras sólo a la madre cuando falta el padre o cuando éste ha sido privado legalmente de su ejercicio. Igualmente se vincula con el desempeño de la tutela, en aquellos casos en que es deferida por la ley a la madre.

Finalmente, La madre en su calidad de ascendiente de primer grado, es heredera legitimaria de su hijo, sola o en concurrencia con otros herederos de igual índole, cuando sus hijos fallecen sin dejar descendientes.

En el Derecho Penal, la condición de madre origina una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: unas veces para agravarla como en el caso del parricidio u homicidio calificado por el parentesco, y otras para atenuarla, como en los casos de aborto o infanticidio.

En el Derecho Laboral juega también la calidad de madre dada la existencia de leyes protectoras de la maternidad en el período-de gestación del hijo, en el parto y en el puerperio, así como también para

facilitar la crianza filial en las horas de trabajo”22.

Analizando lo abordado anteriormente, podemos acotar que el concepto de madre, trasciende los límites de la biología. Las mujeres que adoptan, ya sea por infertilidad o por voluntad de colaborar con los millones de niños que esperan ansiosos un hogar, también se convierten en madres ya que cumplen la misma función que está vinculada a la mujer que da a luz. En base a esto ser madre, va mucho más allá del engendramiento en sí mismo, incluye aspectos como el amor, el cuidado, la atención y el ejemplo.

AUDIENCIA.

“Sesión durante la cual una jurisdicción toma de las pretensiones de las partes, instruye el proceso, escucha los alegatos y emite su juicio. Por lo común la audiencia es pública”. 23

“Acto judicial en el que los litigantes tienen ocasión de exponer sus argumentos ante el tribunal: las audiencias se celebran en los juzgados”. 24

“Acto de oír un juez o tribunal a las partes para decidir los pleitos y causas”25

22 Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 2013, Página 570
23 ENCICLOPEDIA JURIDICA. [En línea] 2014. http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/audiencia/audiencia.htm.
24 Farlex. [En línea] 6 de 4 de 2007. http://es.thefreedictionary.com/audiencia.

“Conjunto de personas que están presentes en un espectáculo público o que oyen un programa de radio o de televisión”. 26

“Acto en el que un soberano u otra autoridad recibe a las personas que quieren hablar con él, generalmente para reclamar o solicitar alguna cosa”.27

“se entiende por audiencia a aquel grupo más o menos numeroso que se caracteriza por escuchar una exposición oral o por asistir a una presentación del mismo tipo. La audiencia puede sin embargo ser muy variable y el concepto puede aplicarse tanto para gente visible en el momento como también puede tener un sentido abstracto cuando se habla de la audiencia sin tenerla adelante”28

De acuerdo a lo citado, señalaremos que audiencia es un acto que se lleva a cabo, para que uno o más individuos puedan exponer su posición sobre un determinado tema. Se considera un proceso que se desarrolla ante un tribunal o una entidad pública con la finalidad de resolver un conflicto o para aportar pruebas y testimonios en el marco de un litigio.

---

25 Diccionario de Derecho Procesal Civil/Quinta Edición, por Eduardo Pallares/México 1966
26 Diccionario Manual de la lengua española. Thefreedictionary . [En línea] 2007. http://es.thefreedictionary.com/audiencia.
27 Farlex. the free dictionary. Manual de la lengua española. [En línea] 2007. http://es.thefreedictionary.com/audiencia.
28 http://www.definicionabc.com/comunicacion/audiencia.php

TENENCIA.

Manuel Ossorio, señala: “Tenencia de los hijos. Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinara cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa cuestión, se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos.

Es provisional la tenencia acordada durante la tramitación del divorcio o de la nulidad y por eso la legislación impone al juez la obligación, en la primera audiencia, de tratar de avenir a las partes en todo lo relativo a dicha tenencia y al régimen de visitas.

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

En la legislación suele regir el criterio de que, salvo causas graves, los hijos menores de 5 años queden a cargo de la madre y los mayores de esa edad a cargo del cónyuge inocente, a menos que esa solución resulte inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueren culpables, el juez determinará el régimen más conveniente para los hijos”29.

El divorcio trae consigo algunas cuestiones que deben resolverse tal como la tenencia de los hijos; para ellos es difícil comprender la separación entre padre y madre, por ende los progenitores deben mantener un diálogo regular, participar de los procesos psico-evolutivos y tomar de forma conjunta decisiones que incidan en la vida de sus hijos. Lamentablemente esto no acontece ya que luego del divorcio, el cónyuge que abandona la casa tiene acceso a un régimen de visitas transformándose más que un padre en un simple visitante.

“Es la permanencia física del menor junto a sus padres. Si no existiere acuerdo de los padres sobre la tenencia, el Tribunal Considerará la conveniencia de que el menor continúe con el progenitor con el que hubiere vivido largo tiempo. Se preferirá a la madre divorciada o separada del padre, para el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Los hijos púberes estarán al cuidado del progenitor que ellos

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

elijan. En cambio, en la tenencia, se hará de manera que no ocasione daños psicológicos al menor.

Cuando la necesidad lo amerite, los fallos de tenencia se cumplirán inmediatamente, aun con apremio personal o allanamiento del domicilio en que se presuma se encuentra el menor. Las resoluciones de los tribunales pueden ser modificadas; pero no pueden ser revisadas en un tiempo mínimo de 6 meses, salvo en caso de peligro grave del menor. Las resoluciones son apelables en el efecto devolutivo, lo que significa volver las cosas al estado anterior. Si el menor fuere llevado al extranjero con violación de disposiciones judiciales, los organismos del Estado arbitrarán las medidas necesarias para su regreso"30.

En base a lo referido, la idea de tenencia hace referencia a la posesión sin título o documento de un determinado bien. Esto quiere decir que la persona dispone del bien pero no tiene un aval legal que le permita justificar su propiedad.

Para poseer la tenencia de los hijos el cónyuge a cargo, papel que generalmente le corresponde a la madre debe ser una persona responsable puesto que debe brindar todo tipo de garantías, cuidado y protección a los

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

menores tratando de asegurar su crianza y desarrollo psíquico, emocional y mental, para fortalecerlos en un ambiente amoroso y comprensivo.

PENSIÓN ALIMENTICIA.

"Cantidad que, por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, ha de pasar de una persona a otra, o a su representante legal, a fin de que pueda alimentarse y cumplir otros fines esenciales de la existencia o especialmente dispuestos. Cantidad periódica, mensual o anual, que el estado concede a determinada personas por méritos o servicios propios o de una persona de su familia prestación que se recibe de los parientes obligados por la ley, y que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médico-farmacéutica de quien la recibe"[31].El tratadista Cipriano Gómez Lara, en su obra Teoría General del Proceso, señala que pensión alimenticia: "es el resultado que da, el que una persona carente de recursos económicos pida a otra que tenga suficiente, ayuda para su subsistencia; ello ante la Autoridad Jurisdiccional correspondiente siempre que acredite el vínculo que una a los mismos, ya sea matrimonial o filial"[32].

31RAMÍREZ GRANDA, Juan, Diccionario jurídico, Claridad, Buenos Aires, 1976.
32GÓMEZ, LARA Cipriano, Teoría General del Proceso, .Harla, "Código Civil del Estado de Veracruz. ". 3ª. Edición. Cajica S. A. "Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz". Cajita S. A.

Analizando lo descrito, la pensión alimenticia es una responsabilidad que tienen los progenitores con los hijos procreados en lo referente a lo necesario para su subsistencia como la alimentación, vestimenta, educación al igual que en el aspecto afectivo por cuanto el divorcio genera secuelas graves en el estado emocional de niños y adolescentes.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

MATRIMONIO.

El Consultor Jurídico Magno señala que es “ceremonia que tiene lugar en ocasión de la celebración del matrimonio”.33

Matrimonio por su lado es: “la unión de dos personas que cumplimentan determinadas formalidades y requisitos legales que hacen a su validez que, en la mayoría de las legislaciones, se refiere a un hombre y una mujer, aunque en ciertos países lo admite para personas del mismo sexo”.34

Según lo descrito anteriormente, se puede manifestar que en nuestra legislación, matrimonio consiste en la unión de un hombre y una mujer, mismo que se concreta a través de determinados ritos o trámites legales.

El lazo matrimonial es reconocido a nivel social, tanto a partir de normas jurídicas como por las costumbres. Al contraer matrimonio, los cónyuges adquieren diversos derechos y obligaciones, al mismo tiempo también legaliza la filiación de los hijos que son procreados.

33 GOLSTEIN, Mabel. Ob. Cit. Pág. 123
34 GOLSTEIN, Mabel. Ob. Cit. Pág. 370

UNIÓN LIBRE.

La unión libre puede ser definida como: “relación prolongada, entre dos personas de diferente sexo, que no están unidas por el vínculo matrimonial”.35

“La unión libre se define como dos adultos que eligen compartir sus vidas el uno con el otro desarrollando una relación íntima y de compromiso a base del cuidado mutuo”36.

“La cohabitación o unión libre es el tipo de relación que establece una pareja cuando sin estar casada por la Iglesia o por lo civil y sin tener intención definitiva de casarse, comparten techo y cama. La unión libre "de hecho" es cuando una pareja vive como matrimonio estable, sin haberse casado. La diferencia entre la cohabitación y la unión libre de hecho es que la primera carece de todo compromiso e institucionalidad (matrimonio a prueba), mientras que en las segundas hay intención de permanecer viviendo así”37.

Del análisis de lo expresado en las citas anteriores, puedo señalar que la unión libre entre un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona constituye la unión de hecho, la cual debe ser estable y

35 GOLSTEIN, Mabel. Ob. Cit. Pág. 150
36 *https://www.wpas-inc.com/.../F22-02-Form-AllGroups-DomesticPartner*
37 http://www.portumatrimonio.org/catolico/v/cohabitacion-o-union-libre/

monogámica, con una duración mayor a los dos años, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.

Es muy importante el conocimiento de estas normas jurídicas para que tanto el hombre como la mujer, puedan ejercer dignamente sus derechos y obligaciones dentro de una unión de hecho, con la certeza que ésta, es legalmente concebida, sólo cuando el estado civil de los convivientes sea: libre de vínculo matrimonial con otra persona.

DIVORCIO.

"Se deriva de la palabra latina divortium y, del verbo divertere, que significa irse cada uno por su lado. El divorcio puede ser pleno o vincular, que disuelve el vínculo matrimonial y el único que deja a la pareja en verdadera aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Es una disolución que se da de la vida matrimonial cuando se ha perdido la confianza y el amor en la persona que comparte nuestras vidas".38

"Es la ruptura en la vida de los esposos, del vínculo matrimonial, mediante sentencia declarada judicialmente". 39

38 http://www.tanatologia-amtac.com/descargas/tesinas/12%20Duelo%20en%20el%20proceso%20de%20divorcio.pdf
39http://books.google.com.ec/books?id=n8BQiytJgCgC&pg=PA71&dq=concepto+de+divorcio&hl=es&sa=X&ei=4PRiUbGVJoPn0gGG04GwDg&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=concepto%20de%20divorcio&f=false

Se puede añadir a lo citado que es el divorcio es el resultado de la decisión concertada entre los dos cónyuges o por la decisión de uno de ellos de terminar y disolver el vínculo matrimonial por incompatibilidad o divergencias irreconciliables suscitadas en la convivencia entre las que se pueden incluir: infidelidad, abandono, violencia doméstica o la conjugación de todas ellas.

GRUPO DE ATENCIÓN PRIORITARIA.

Es importante señala que La Constitución de la República del Ecuador, publicada el 20 de octubre de 2008, considera a los niños, niñas y adolescentes como grupos de atención prioritaria.

"Los niños, niñas, y adolescentes, necesitan una atención particular por constituir uno de los colectivos más sensible de cualquier organización social. Forman una de las categorías de atención prioritaria de la población por el proceso de desarrollo en el que se encuentran. Su propias características como es la inocencia, vulnerabilidad, dependencia, curiosidad, vitalidad ilusión, esperanza, justifican esta protección especial que necesitan lo niños, niñas y adolescentes protección que se reconoce en los textos normativos comentados., de los que se deduce que este grupo de atención prioritaria debe tener los mismos derechos que el adulto, pero al ser menores de edad y

estar más indefensos, necesitan protección especial, tal como lo señala la "Convención de los Derecho del Niño", razón por la cual todos los países deben respetar las leyes que proporcionan protección y ayuda especial a los niños"40.

El Estado al señalar que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria, reconoce y garantiza derechos especiales a más de los derechos reconocidos a las personas en general, en razón de encontrarse más expuestos y en situación de indefensión frente a las personas que pueden vulnerarlos.

En la Convención Sobre los Derechos del Niño, se encuentra la protección especial y prioritaria en favor de las niñas, niños y adolescentes en donde todos los países suscriptores y entre ellos el Ecuador, están en la obligación de respetar y garantizar que se respeten todas las leyes a través de las cuales se reconoce una protección y atención especial en favor de estas personas.

Finalmente las niñas, niños y adolescentes como grupo de atención prioritaria, que se hace por parte del Estado ecuatoriano, obedece al hecho de que se trata de personas que debido a su situación física, intelectual y psicológica pueden ser vulnerados en cuanto al ejercicio de sus derechos,

40 SALAZAR LIMA, Johanna Elizabeth, 2011, "Guía para la actuación procesal de la Junta Cantonal Protectora de Derechos por Vulneración de Derechos en el Ámbito Educativo en el Cantón Ibarra", Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra, Ibarra-Ecuador, p. 15.

convertirse en víctimas de maltrato, explotación, abuso, entre otras situaciones negativas, que afecten la vigencia y el ejercicio de sus derechos. Todo esto conduce a que sean incluidos entre las personas que merecen ser atendidas de forma prioritaria, especializada y preferente, por parte del Estado, y también por la sociedad y la familia que deben realizar todas las acciones orientada a garantizar su bienestar y desarrollo.

ANTECEDENTES DEL DERECHO DE MENORES.

"El Derecho de Menores es de reciente creación, su historia se circunscribe a más o menos cien años de existencia. A pesar de ello, resulta importante analizar su evolución aunque sea en forma breve para, de esta manera tener el panorama claro acerca del estado actual de esta disciplina jurídica. Para ello, sirve como punto de referencia la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual es el instrumento internacional que ha provocado la coyuntura que hoy vive el Derecho de Menores a nivel internacional"[41].

Del análisis de lo expresado anteriormente, se desprende el hecho de que Derecho de Menores es, el cuerpo legal que contiene las normas orientadas a la atención integral de éste grupo vulnerable, considerando

41 http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/menor%20infractor.htm

que aún no han alcanzado el desarrollo de sus facultades físicas y psíquicas, así como el pleno desenvolvimiento de su personalidad.

ANTECEDENTES DEL DERECHO DE ALIMENTOS.

“En la edad de los metales, segunda gran división de la prehistoria, el hombre había iniciado su camino como fabricante de utensilios, los cuales consistían en lascas rudimentarias rudimentariamente trabajadas, cuya misión fundamental se dirigía a la caza y aumenta la defensa personal de los grupos sociales aquí aparece el hombre de Neandertal que se extendió en Europa, Asia y parte de África, se caracteriza este periodo en que los padres tienen especial cuidado en la crianza de los hijos, en vista de que su existencia se encuentra al acecho de animales y bestias salvajes, en esta fase ya aparecen las primeras aldeas o viviendas. El ciclo de los cultivos obliga al hombre primitivo permanecer en los lugares próximos en los mismos para velar por la abundancia de la futura cosecha igual sucedió con la prehistoria americana, ya en el VIII el valle de Tehuacán estaba ocupada por los pequeños grupos humanos de economía mixta cazadora, recolectora, en América de Sur y en América Central debido a la incidencia negativa de los factores climáticos los restos materiales que atestiguan el desarrollo de la vida sedentaria en esta zona son por el momento mal conocidos. Indirectamente los arqueólogos han podido inferir la existencia de cultivos de la mandioca

por los restos de platos de vajillas ordinarias, urnas fúnebres en donde se han encontrado madres enterradas conjuntamente con sus hijos en brazos, con tongas que contienen alimentos supuestamente para el más allá, lo que nos hace suponer que fueron una sociedad agraria sedentaria y que le ponían mucho énfasis al cuidado y alimentación de sus vástagos."[42]

El Derecho se Alimentos se define como las prestaciones de orden económico a las que están obligadas moralmente y por ley, los progenitores, considerando que son personas económicamente capacitadas, en beneficio de sus hijos menores de edad, quienes por su edad y falta de madurez, tanto física como emocional, se encuentran imposibilitados para procurarse esos medios de vida por sí mismos, con la finalidad de que atiendan a las necesidades más apremiantes de su existencia. Dentro de esta definición están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo en cuenta no sólo sus necesidades orgánicas elementales como la palabra alimentar parecería describir, sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa, al igual que la educación que le permita desarrollar a plenitud sus facultades y talentos.

42 http://miguelinformativo.blogspot.com/2012/11/historia-universal.html

DIVORCIO CONSENSUAL O POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

“Ello implicaría que aun en presencia del consentimiento mutuo de los cónyuges se encuentran una o muchas causas motivantes de divorcio, más dichas causas no desempeñan papel alguno en el procedimiento judicial. No se plantean no se analizan ni se califican. Es lógico suponer que los mismos interesados lo han hecho antes de proponer el divorcio y la ley respeta dicha decisión”.43

“Digamos finalmente que si bien califican de consensual a esta modalidad, puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedarán los hijos menores y en cuyo caso entra a aplicarse las normas del Art. 107.”44

De lo anotado, se colige sin duda alguna, que el divorcio consensual, es el que se concreta por la decisión de ambos cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, se es consciente de que el matrimonio es una realidad social y civil, y cuando no funciona, el derecho, no tiene

43 PARAGUEZ RUIZ Luís, “Manual de derecho civil Ecuatoriano, Personas y familia”, volumen I, Editorial Ciencias Jurídicas, 1998, Cuenca- Ecuador, Pág. 271.
44 PARAGUEZ RUIZ Luís, “Manual de derecho civil Ecuatoriano, Personas y familia”, volumen I, Editorial Ciencias Jurídicas, 1998, Cuenca- Ecuador, Pág. 272.

otra opción que reconocerlo así siendo inútil e incluso perjudicial, cualquier otro tipo de solución legal que pretenda mantener artificialmente una convivencia imposible, pues si bien la unión conyugal supone en condiciones normales, el mantenimiento y el equilibrio de las relaciones personales entre los cónyuges, el desequilibrio en esas relaciones crean una situación anormal en la que probablemente dos seres angustiados sentirán amargarse sus vidas y para este hecho aparece como solución, el divorcio. No obstante se debe considerar a los hijos procreados que de por sí ya se verán afectados psicológicamente por la separación de sus padres y cuyos derechos deben ser amparados por el Estado.

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE LOS NIÑOS.

Según señalan los expertos en psicología, los niños pueden alterar su personalidad por efectos de cualquier transformación en su vida y obviamente que el divorcio generará influencia absoluta en la personalidad de los niños que deben separarse de sus padres, por ello, he querido hacer énfasis en lo que señalan los especialistas.

“Un planteamiento de los aspectos psicosomáticos y somato psíquicos de la infancia debería, en realidad, incluir cada aspecto de la conducta, salud, crecimiento, nutrición, y cuidado del niño, ya que sin duda el cuerpo del niño, sus emociones y su ambiente, resultan a menudo menos

divisibles que en el adulto. No existe aspecto de cualquiera de ellos que pueda ser considerado separadamente de y sin considerar a los otros. Un trabajo sobre psicosomática de la infancia puede, en consecuencia, asumir las proporciones de un texto que integra los diversos aspectos del niño y de su mundo dentro de una totalidad significativa. Infancia y niñez son períodos de cambios rápidos –cambio en el tamaño y madurez de la estructura del cuerpo; aumento en la experiencia, en totalidad del contacto social y adaptación, en la adquisición de nuevos conocimientos y conceptos; interpretación y comprensión del mundo, y adopción por el niño de las actitudes que para con él se tiene-. Las funciones fisiológicas del niño desarrollan una homeostasis más adecuada, pero no obstante se encuentran en estado de relativa inmadurez. Ninguno de esos cambios representa una unidad por sí mismo. Cada uno es parte de un patrón de desarrollo total y no varía independientemente. Actúan sobre el organismo desde cualquier punto separado de la totalidad, seguramente como procede la presión sobre un punto de un globo de goma llenado con agua.

Tal vez lo mismo pueda decirse acerca del adulto como unidad mente-cuerpo-ambiente. Naturalmente, el proceso de crecimiento, de adaptación social y muchos otros aspectos de la niñez convierten a sus aspectos psicosomáticos en psicosomática de la niñez y de la infancia puede a lo mejor ser más beneficioso si abre la discusión sobre algunos de los puntos más importantes de la presión ambiental y la vulnerabilidad de

este organismo total, el niño, que son, en mayor o menor grado, peculiares de ese período. Dado que el nacimiento del niño o el comienzo de su vida postnatal sigue inmediatamente a la terminación de su vida intrauterina, el infante puede estar sujeto a una única fuente de trastornos psicosomáticos, que resulta de un ambiente fetal trastornado. Una modificación en el patrón de conducta de un recién nacido, junto con un trastorno de diversas funciones del cuerpo, puede tener origen en trastornos emotivos o en procesos metabólicos de la madre. Por cierto, no existen fibras comunicantes entre el sistema nervioso de la madre y del feto, en consecuencia el feto no puede experimentar un episodio emotivo de la madre en el sentimiento usual. A pesar de eso el feto es parte íntima de un organismo psicosomático total. El grado en que la madre somatiza ansiedades o miedos modifica la función de sus órganos endocrinos, metabolismo celular, etc., y como eso cambia momentáneamente o por largos periodos la composición de su sangre, el feto es capaz de experimentar algunos aspectos de su estado emotivo. La “sangre transformada” por ansiedades o estímulos puede, y en ciertas instancias debe, irritar al feto, como demuestra el inmediato acrecentamiento de su actividad corpórea. Un feto sometido a repetidos estímulos de esta clase puede mantener a través del último período de su vida ultra uterina un estado de irritabilidad e hiperactividad. Como la actividad muscular del recién nacido, la suya tiene un nivel elevado, como es el nivel de algunas otras de sus funciones fisiológicas. Es un infante que está inclinado hacia

una exagerada actividad intestinal y una muy elevada fluctuación de la actividad cardiaca. Tales disturbios de funciones somáticas pueden incluir cardio espasmo. Infantes que no toleran sus biberones, los pasan como coágulos indigestos, a menudo tienen una historia de tales trastornos del ambiente prenatal.

La inmadurez fisiológica de la infancia y la primera niñez es en sí misma factor casi uno de la psicosomática de ese período. El recién nacido está limitado en su capacidad para mantener en estado mediamente estable sus diversos procesos fisiológicos. Tendrá una temperatura corporal normal tanto tiempo como esté en un cuarto cuya temperatura no varíe en más o en menos de la propia, pero el grado diferencial necesario para destruir esta estabilidad del control de la temperatura en mucho menor durante la infancia que después. Trastornos del control motor de los intestinos y del peristaltismo del estómago aparecen como mucha mayor rapidez en la infancia que después, cuando los procesos de maduración han creado mayor resistencia o estabilidad del tracto gastrointestinal. Está misma inmadurez de la homeostasis es parte del cuadro de cada función fisiológica de la infancia o por lo menos de aquellas que pueden ser más fácilmente perturbadas en la niñez que después. Ésta es la mayor componente somática de ansiedad durante la infancia, cuando a menudo insignificantemente situaciones ambientales de presión pueden producir

grados significativos de disfunción somática.”45

Basándonos en lo referido, se puede señalar que la separación de los padres, ocasiona que niños, niñas y adolescentes se vean afectados en su vida social, familiar y emocional, lo cual altera directamente la relación con otros y consigo mismo; este factor, a pesar de ser un momento doloroso para algunos hijos, es considerado beneficioso ante un clima familiar intenso, agresivo y dotado de descalificaciones y agresiones mutuas. No obstante, los menores muestran dificultades para asimilar y aceptar la situación de la ruptura, problemas de adaptación a los nuevos ambientes, autoestima baja, oposición a la nueva normatividad, problemas de aprendizaje, escaso interés en actividades académicas, depresión, inseguridad, preocupación por el futuro y ansiedad; aspectos que aumentan cuando el niño o la niña ha tenido una historia con problemas familiares, falta de afecto, compañía y apoyo.

TRATAMIENTO PSICOLÓGICO.

“Manejo de una cosa o situación. | Trato. | Forma de comunicación establecida en las relaciones interpersonales. | Procedimiento. Conjunto

45 KLUCKHOHN, Clyde. MURRAY, Henry A. SCHNEIDER, David. La Personalidad en la naturaleza, la sociedad y la cultura. Editorial Grijalbo. S.A. Pág. 504

de procedimientos médicos destinados a restablecer la salud de una persona".46

Guillermo Cabanellas define al Tratamiento como: "Trato. | Sistema, Método para prevenir o remediar un mal. | Procedimiento experimental".47

Luis María Llavona explica los objetivos fundamentales de las terapias o tratamientos psicológicos: "Cuyos objetivos fundamentales son incrementar la autoestima, desarrollar estrategias de afrontamiento de dificultades derivadas de la separación/divorcio de los padres, mejorando procesos de comunicación y solución de problemas, y mediante la validación de experiencias afectivas, potenciando la escucha empática, mediante role play y otras técnicas. Estos programas se llevan a cabo, también, sobre la base del papel potenciador del ajuste, durante el proceso de separación, de la mejora de la red de apoyo social".48

De acuerdo a lo descrito, se puede colegir que el divorcio es una de las experiencias más difíciles y dolorosas que viven los hombres y las mujeres, ésta situación se agrava al ser responsables del bienestar físico y emocional de los hijos, que también están muy afectados.

---

46 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA; Tomo VIII-II, Editorial Bibliográfica OMEBA, México, 2005, Pág. 1955.
47 CABANELLAS DE TORRES Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental, 16ª edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2003, Pág. 390.
48 LLAVONA Luis María; "Manual del Psicólogo de Familia", Editorial PIRAMIDE, Madrid-España, 2012, Pág. 229.

Por esta razón es necesario implementar una terapia psicológica que les ayude a comprender que no tienen culpa de lo acontecido entre los padres y que les ayude a sobrellevar el proceso y tratar de adaptarse de la mejor forma posible a la nueva situación en la que se encuentran.

4.3. MARCO JURÍDICO.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

"**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución de la República o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de

derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos".

Es a partir de estas premisas, cuando la Constitución procede a enumerar los derechos, huyendo de las tradicionales clasificaciones doctrinarias, y manteniendo la consideración, por un lado, de que todos tienen el mismo rango jerárquico, y, por otro, comenzando por los llamados "Derechos del buen vivir" que constituyen elementos fundamentales del propio Estado ecuatoriano, y del resto de los derechos y libertades reconocidas constitucionalmente.

Es el anhelo del Estado ecuatoriano promover y fundamentar un Estado Constitucional de Derechos, de esta manera los ecuatorianos y ecuatorianas indistintamente de la edad, sexo, raza e ideología estamos amparados pues poseemos igualdad de derechos que se encuentran reconocidos por la Carta Magna.

"Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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".

Este artículo es fundamental para hacer prevalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que es muy importante que crezcan y se

desarrollen dentro de un hogar estable, que pueda cuidar de los mismos y sobre todo cumplir con sus responsabilidades de padre, que no solo consisten en manutención, sino también amor y apoyo para que puedan gozar de su niñez. El Estado también es responsable de vigilar porque esto se cumpla a cabalidad.

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

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

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas".

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran reconocidos a nivel mundial a través de la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo que nuestra Constitución también ha creído conveniente establecer en su articulado dicha protección.

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

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo…."

Como podemos darnos cuenta el Estado señala en éste artículo la corresponsabilidad materna y paterna; así como vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

“Art.1.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad49”.

Acorde a esto se puede señalar que el Estado anhela garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia y asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos, actuando de manera articulada y coordinada con organismos y entidades que basan su accionar en la Constitución Política del Estado, los instrumentos internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia, que de forma específica establece los siguientes principios: la participación social; la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional; la eficiencia y eficacia; y, la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

“Art. 4.- 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”.

49 CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador

“Art. 6.- Igualdad y no discriminación.- 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 Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación”.

“Art. 9.- 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.

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”.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

SECCIÓN IV

DIVORCIO O TERMINACION DE UNION DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

"Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción".

Como podemos observar, dentro de este artículo, se considera procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, al Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.

“Art. 340.- Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente.

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.
En caso de divorcio o terminación de la unión de hecho se dispondrá la inscripción de la sentencia conforme con la ley.

De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de

dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.”

De lo que podemos darnos cuenta por lo citado en el artículo anterior, existe la necesidad de presentar una propuesta de reformar en donde se incluya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

CHILE.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

“Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijoo 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 siempre en cuenta la conveniencia señalada en elinciso, anterior”.

“Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser inscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

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

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los

hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Mientras una nueva sub inscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

Como podemos observar, en Chile, existe la figura jurídica del cuidado personal compartido como alternativa legal para los padres que estén divorciados.

Es decir los padres tienen la decisión sobre quién ejercerá el cuidado personal de los hijos: madre, padre o compartido. Asegura un sistema de residencia del menor que garantice su estabilidad y continuidad y garantiza la relación sana, estable y regular del hijo con el padre con quién el menor no reside habitualmente, estableciendo un régimen de visita basado en el interés superior del niño, que debe quedar determinado en el mismo instrumento en que se acuerda el cuidado personal.

URUGUAY.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

“Art. 34. (Tenencia por los padres).-

1) Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo cómo se ejercerá la tenencia (artículo 177 del Código Civil).

2) De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”.

“Art. 35. (Facultades del Juez de Familia).- En caso de no existir acuerdo de los padres, el Juez resolverá, teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

A) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.

B) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él.

C) Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente".

"Art. 36. (Tenencia por terceros).-

1) Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado.

2) La persona que ejerce la tenencia de un niño o adolescente está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral.

3) La persona que no se sienta capacitada para proseguir con la tenencia, deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Familia, quien resolverá la situación del niño o adolescente".

En Uruguay se da mucha importancia el acuerdo al que lleguen las partes en el litigio, para establecer la tenencia de sus hijos y como se va a realizarlo, por lo tanto al encontrarse esto como prioridad tranquilamente se puede sugerir el Cuidado Compartido entre los progenitores.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

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

MATERIALES

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

MÉTODOS

Dentro del proceso investigativo, apliqué los métodos: el Método Científico, que fue el instrumento adecuado que me permitió llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la sociedad, mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo

con la realidad objetiva, puesto que es considerado como el método general del conocimiento.

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

Con el método analítico pude investigar las diferentes implicaciones y efectos negativos que produce la deficiente práctica del Derecho Civil, especialmente en lo relacionado al cuidado de los hijos menores de 18 años.

También estuvo presente el método sintético mediante el cual relacioné hechos aparentemente aislados, que me permitan sustentar la existencia de limitaciones y falencias en las leyes que regulan lo relacionado del cuidado de los hijos menores de 18 años.

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

PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Los procedimientos utilizados fueron, el documental - bibliográfico y de campo comparativamente que me llevó a encontrar las diferentes normas comunes en el ordenamiento jurídico nacional y comparado, para descubrir sus relaciones y estimular sus diferencias o semejanzas, y por tratarse de una investigación analítica se manejó también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que fueron necesarios.

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

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

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo fueron expuestos en el Informe Final, el que contiene la

recopilación bibliográfica y análisis de los resultados, que fueron expresados mediante cuadros estadísticos; y, culminé realizando la comprobación de los objetivos, finalicé redactando las conclusiones, recomendaciones y elaboré un proyecto de reformas legales que son necesarias para adecuarla a la legislación ecuatoriana.

6. RESULTADOS

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

PREGUNTA NRO. 1

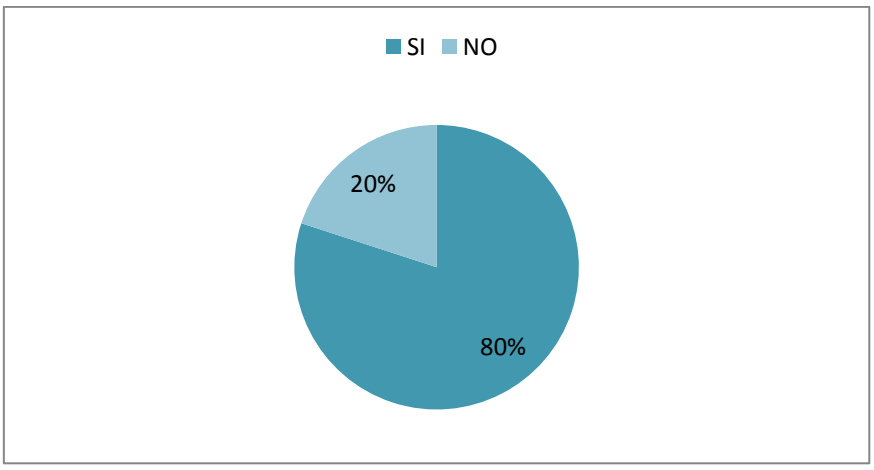
¿Conoce Usted los Derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes?

CUADRO NRO. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	6	20 %
SI	24	80 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

GRÁFICO 1



INTERPRETACIÓN

De los 30 encuestados, 24 personas que equivalen al 80% de la muestra consideran que si conocen que derechos tienen los niños, niñas y adolescentes; por otro lado 6 personas equivalentes al 20% de la muestra encuestada consideran que desconocen de los derechos de este grupo de personas.

ANÁLISIS

Los resultados obtenidos respecto de lo consultado a través de ésta interrogante nos conducen a determinar que una mínima proporción del foro jurídico desconoce los derechos y garantías de los cuales gozan los niños, niñas y adolescentes, los cuales son contemplados en la Constitución de la República del Ecuador.

PREGUNTA NRO. 2

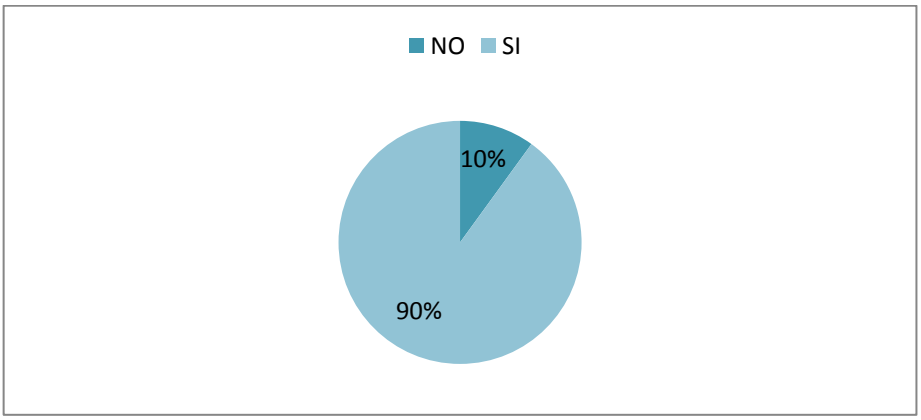
¿Conoce usted, que para qué el Juzgador pueda dictar sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, los padres deben ponerse de acuerdo a cargo de quién quedará el cuidado de los hijos?

CUADRO NRO. 2

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

GRÁFICO 2



INTERPRETACIÓN

De las 30 personas encuestadas 27 que corresponden al 90 % de la muestra seleccionada contestan negativamente a la interrogante planteada, en el sentido de desconocer el hecho de que previa a la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, los progenitores deben ponerse de acuerdo en lo referente a cargo de quién quedará el cuidado

de los hijos en común; mientras que por el contrario 3 personas equivalentes al 10% de la muestra seleccionada contestan que efectivamente tenían conocimiento de éste aspecto, que debe darse previa la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento.

ANÁLISIS

Los resultados obtenidos a través de ésta pregunta nos revelan, que una gran parte de profesionales en derecho desconocen que previo a una sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, los padres deben acordar a cargo de quien quedará el cuidado de los hijos menores.

Si bien es cierto, el divorcio surge como una solución a los problemas conyugales, no obstante, no se es consciente de que dicha actitud perjudica a todos los componentes del núcleo familiar, en muchas ocasiones pese a que el divorcio sea la opción de ambas partes, uno de los cónyuges puede verse más afectado por la situación, al igual que los hijos, quienes sufren grandemente con éste tipo de separaciones y el hecho de ver su hogar fragmentado y a sus padres quizá con otros compromisos impide que los menores se desarrollen en una ambiente de paz, armonía y estabilidad.

PREGUNTA NRO. 3

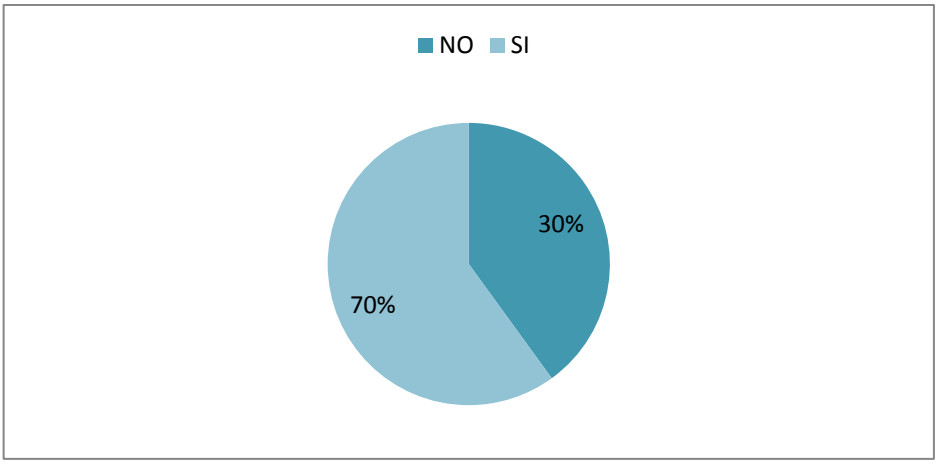
¿Consideraría usted imperativo que la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura, previo a la sentencia de divorcio de mutuo consentimiento dicte un seminario referente a los aspectos psicológicos negativos que implica un proceso de divorcio tanto, para los progenitores como para los hijos, con la finalidad de mantener la familia?

CUADRO NRO. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	8	30%
SI	22	70 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

GRÁFICO 3



INTERPRETACIÓN

Con respecto a ésta interrogante, de las treinta personas encuestadas, 22 personas equivalentes al 70 % de la muestra poblacional manifestó su

punto de vista positivo en cuanto a la necesidad de dar una conferencia o seminario sobre psicológica, obligatorio a los padres que se encuentran en un proceso de divorcio; mientras que 8 personas que equivalen al 30 % de la muestra seleccionada estiman que dicha situación no es necesaria.

ANÁLISIS

Los resultados derivados respecto de lo consultado en esta pregunta permiten inferir importantes criterios que abogados en libre ejercicio que concuerdan en forma mayoritaria con el hecho de que un proceso de divorcio genera graves secuelas en ambos progenitores y aún más en los hijos que se convierten en el centro de una disputa entre ambos padres que buscan ganar su custodia muchas de las veces por motivos en cierto punto egoístas de desquitarse o vengarse del otro; lo que lleva a que los hijos se conviertan en un mero instrumento que provoca que se desenvuelvan en un ambiente hostil que lesiona su normal desarrollo emocional.

PREGUNTA NRO. 4

¿Tomando en cuenta que un proceso de divorcio generalmente provoca graves secuelas en la psiquis de los padres y por ende de los hijos; consideraría usted necesario de que los progenitores formulen una

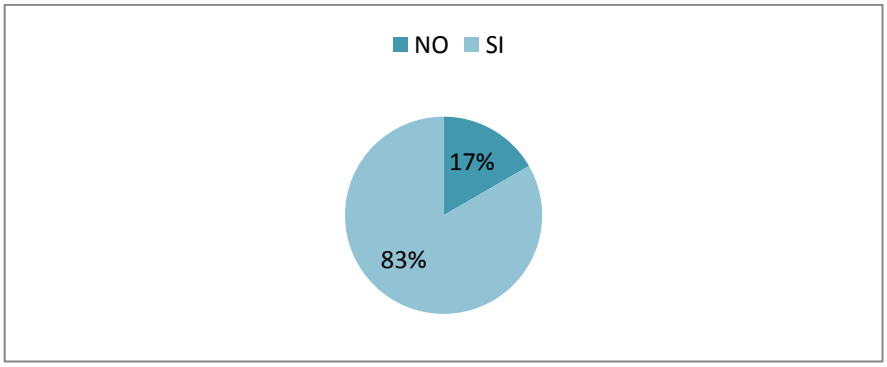
declaración de derechos de sus vástagos, en la cual se comprometan a velar por su bienestar?

CUADRO NRO. 4

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

GRÁFICO 4



INTERPRETACIÓN

De las 30 personas encuestadas, 25 que equivalen al 83% de la muestra encuestada responden con gran convencimiento que esto sería una buena opción tanto para los padres como para los hijos inmersos en este conflicto; por otra parte, 5 personas equivalentes al 17% no están de acuerdo con tal aseveración, pues consideran que los padres siempre buscan lo mejor para sus hijos y como adultos han sopesado todas las

alternativas para solucionar sus problemas maritales, pero al no llegar a un consenso deciden divorciarse y los hijos deben aceptar su decisión y acoplarse lo mejor que se pueda a su nueva forma de vida.

ANÁLISIS

De los resultados vertidos se puede determinar en torno a lo consultado que en forma mayoritaria se manifiesta, el hecho de que es posible identificar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen falencias y vacíos que generan una contraposición a las normas constitucionales que buscan la prevalencia del interés superior del niño, quien dada su falta de madurez se siente confundido y vulnerable ante la pérdida de uno de sus padres y el desmoronamiento de su hogar. Es preocupante ver los errores que los padres cometen durante o después del divorcio y el proceso de custodia, en ocasiones uno de los dos padres suele hablar mal del otro, o usan a sus hijos para comunicar mensajes negativos o para enviar o recibir pagos, manipulan la información presionando a los hijos para que tomen decisiones, no visitan a sus hijos con la excusa de que no tienen dinero o piden al niño información confidencial de lo que ocurre en la casa del otro padre. Es necesario preocuparse por evitar o minimizar los daños, de ahí que sea tan importante realizar una evaluación psicológica previa al proceso de custodia.

El ser padres no es un hecho, sino un arte; un proceso y no un suceso, un dar lugar a una vida nueva por amor y con amor. Significa ser capaces de responder a las necesidades de un otro, que en este caso es el hijo, estar capacitados para "trabajar" en procura de que ese hijo se desarrolle, crezca y madure para sí mismo y no para nosotros, evitando que sea, simplemente, una realización de nuestros deseos y expectativas. Ningún padre debe estancarse en la postura de que el hijo es su propia prolongación y nada más.

En un momento de apogeo de separaciones y divorcios, es necesario subrayar la importancia de la función paterna en el desarrollo mental del niño, una separación y divorcio conflictivo da lugar a que la atención este muchas veces centrada en la pelea que mantienen los padres por reivindicar sus posiciones, dejando a los hijos en un lugar secundario, no teniendo en cuenta la importancia de que el hijo en cuestión siga manteniendo a sus dos padres.

PREGUNTA NRO. 5

¿Apoyaría usted una propuesta de reforma al artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en

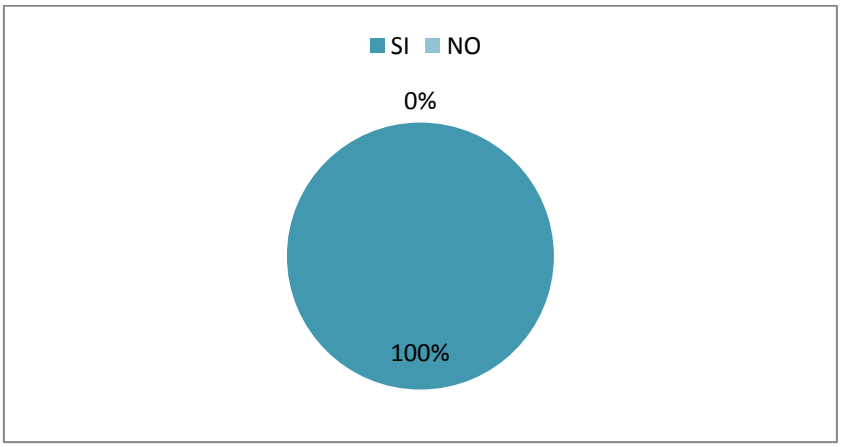
donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años?

CUADRO NRO. 5

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio
Autor: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

GRÁFICO 5



INTERPRETACIÓN

De las treinta personas encuestadas, la totalidad afirma estar de acuerdo con lo consultado en referencia a la necesidad de reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual previo a otorgar la

custodia se someta a los progenitores a una evaluación psicológica misma que tiene como objetivo el estudio de la competencia parental, en lo referente a los niveles de congruencia y compatibilidad entre las características y habilidades educacionales y emocionales de los padres con las características y necesidades de los hijos.

ANÁLISIS

Los resultados que se obtienen en la pregunta número 5 son determinantes para confirmar el problema identificado en la presente investigación; con absoluto convencimiento el pronunciamiento del encuestado refleja una posición frontal frente a la necesidad de incluir dentro de este proceso legal, la evaluación psicológica de los progenitores, la cual debe contextualizarse en el momento en que se encuentra el proceso de separación, implicando el análisis de una serie de cambios legales, sociales, psicológicos y económicos, enlazados de forma compleja a través del tiempo.

Es preciso además evaluar las expectativas, deseos, nivel de adaptación y capacidades físicas, emocionales, intelectuales tanto de los padres como de los menores.

7. DISCUSIÓN.

Verificación de Objetivos

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

OBJETIVO GENERAL:

- Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del Código General de Procesos, en lo referente al cuidado compartido que tienen los padres sobre sus hijos después de un divorcio consentido.

Este objetivo se encuentra plenamente justificado en virtud de que se ha analizado en forma pausada y reflexiva el marco legal en relación al cuidado no sólo físico sino emocional que deben profesar los padres a los hijos, de igual forma la población encuestada ha dado razón de acuerdo con los resultados que se obtuvieron de la cuarta pregunta de la encuesta, en la cual los profesionales participantes aceptan que durante el proceso de separación y divorcio, es imperioso recalcar la importancia de la función paterna y materna en el desarrollo mental del niño, una separación y divorcio conlleva a que la atención este muchas veces centrada en las necesidades que tienen los progenitores por reivindicar sus posiciones,

dejando a los hijos en un lugar secundario, sin tomar en cuenta la necesidad que tienen el hijo o los hijos en cuestión de no sentirse abandonados, ni instrumentos de venganza o desquite de sus dos padres.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario respecto al estado anímico en que quedan los padres al atravesar un divorcio consentido.

El primer objetivo específico se encuentra plenamente justificado en el presente trabajo investigativo a través de los resultados obtenidos de las preguntas 3 y 4, es necesario considerar que un proceso de separación y divorcio aun cuando sea por mutuo acuerdo conlleva secuelas no sólo emocionales, sino psicológicas por cuanto un divorcio representa un fracaso en la vida de un individuo independientemente de su sexo, si a más de esto se suma el hecho de tener que hacerle frente al cuidado de los hijos en común, prodigarles cuidado, protección y ser el pilar que sostiene a unos hijos que se desmoronan al ver su hogar dividido, impone una carga difícil que en muchas ocasiones puede superar a uno de los progenitores, de allí surge la necesidad de realizar una evaluación psicológica a ambos padres con el objetivo de verificar en qué condiciones psicológicas se encuentran.

- Establecer a través de la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura, cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para cuidado de los hijos menores de 18 años.

La información recabada en respuesta a la tercera y cuarta pregunta de la encuesta ratifican este objetivo por cuanto los criterios de los profesionales del derecho que dieron su aporte, son categóricos en el sentido de que la ausencia de normas específicas en el ordenamiento jurídico del Código Civil, restringe una adecuada manera de otorgar la custodia de los hijos impúberes al progenitor más calificado, sitúan el desarrollo integral al igual que la seguridad jurídica las niños, niñas y adolescentes ecuatorianos.

- Proponer un proyecto reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico.

El tercer objetivo ha sido en forma contundente demostrado, como se manifiesta en la quinta pregunta de la encuesta realizada, pues se ha receptado el criterio legal de funcionarios experimentados y con conocimiento pleno del problema y adicionalmente se ha sustentado posiciones y argumentos en base a conceptos de autores del derecho Civil ecuatoriano.

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La Hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente: Que es imperioso reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

La hipótesis se encuentra contrastada mediante el estudio doctrinario, conceptual y jurídico efectuado a través de la revisión de literatura que refleja la necesidad de reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, implementando una evaluación psicológica por parte de la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura, a ambos padres, a través de la cual se pueda identificar al progenitor más capacitado emocional y psicológicamente para hacerse cargo de los hijos menores, en un proceso de divorcio por mutuo acuerdo.

PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 44 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….”

Así mismo el artículo 45 del mismo cuerpo legal señala: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción…..”

Finalmente el artículo 69 de la Carta Magna manifiesta que se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”. Es decir el Estado señala que tanto la materna y paterna tienen el deber de vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos de sus hijos.

El artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, señala: “Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente.

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho……”

De lo citado, puedo manifestar que no estoy de acuerdo con los preceptos antes señalados, en lo que respecta a que se le otorguen tanto a la madre como al padre el cuidado del mismo después de disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho por mutuo consentimiento, en vista de muchos de los progenitores luego de un divorcio pueden quedar afectados psicológicamente, razón por la cual se necesita reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder

otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

8. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente trabajo investigativo podemos señalar lo siguiente:

- Velar por el cuidado físico y emocional de los hijos es una tarea que reviste vital importancia por cuanto los valores morales determinantes para el adecuado desempeño en la sociedad provienen del hogar; cuando éste último se rompe por las causas que fuere, los más afectados psicológicamente son los hijos y esto también se extiende a los progenitores; nuestra normativa jurídica no contempla la ejecución de una valoración psicológica expresa que valore las condiciones emocionales en la que se encuentran ambos padres y que coadyuve a determinar cuál de los dos se encuentra más capacitado para tener la custodia de los menores.

- El régimen jurídico vigente en el Código Civil ecuatoriano, sigue de una manera tradicional ciertos lineamientos al momento de otorgar la custodia de los hijos menores luego del proceso de divorcio; sin considerar la idoneidad psicológica del progenitor a cuyo cargo queda el cuidado de los hijos.
- La falta de criterios objetivos y especializados para determinar la capacidad psicológica más aceptable de uno de los padres al cual se le debe otorgar la custodia, pone en riesgo el derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

- Los criterios vertidos en esta investigación por parte de las personas encuestadas, determinan la necesidad del planteamiento de una reforma al Código Civil de nuestro país, con el objetivo de instaurar una valoración psicológica a los progenitores que se encuentran en un proceso de divorcio, para valorar la competitividad de cada uno y de acuerdo a ello otorgar la custodia de los hijos menores de edad.

- Finalmente de acuerdo a las encuestas realizadas, he llegado a la conclusión que es necesario que se haga un examen psicológico previo a dar la custodia de un hijo en un juicio de divorcio.

9. RECOMENDACIONES

Como resultado de la presente investigación considero adecuadas las siguientes recomendaciones:

- A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, para que revise la propuesta jurídica de reforma presentada, con la finalidad de que se instaure, la realización de un examen psicológico a los progenitores, previa la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo, para conocer el estado anímico y emocional que atraviesan los mismos para determinar cuál de los dos padres se encuentra más capacitado para hacerse cargo de la tutela de los hijos menores, garantizando de ésta forma que impere el interés superior del niño al momento de otorgarse la custodia luego de un proceso de divorcio.

- A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, para analizar a las instituciones del derecho de familia, previstas en el Código Civil y en el Código de la Niñez y la Adolescencia, a fin de adaptarlas a las características que presenta la institución familiar en la actualidad y a las diversas problemáticas que la rodean.

- A las Juezas y Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con el objetivo de que al resolver la custodia de las niñas, niños y adolescentes, y sobre las demás instituciones del derecho de familia

que tienen relación con este grupo de atención prioritaria de la sociedad ecuatoriana lo hagan basándose en el interés superior y en el deber que tiene el Estado de garantizar y amparar el adecuado desarrollo integral de los menores.

- A los progenitores de los niños, niñas y adolescentes, que al momento de enfrentar un divorcio o la separación de pareja, se actúe con responsabilidad y madurez respecto a la situación de la custodia de los hijos considerando el bienestar de ellos y despojándose de actitudes egoístas que puedan perjudicar su desarrollo integral.

- A los estudiantes de Derecho y a las abogadas y abogados en libre ejercicio a que profundicemos en el estudio acerca de los lineamientos a considerar para otorgar la custodia de los hijos menores y de la demás instituciones del derecho de familia vigentes en la legislación ecuatoriana de manera que estemos en capacidad de aplicarlas buscando el beneficio, el desarrollo integral y por sobre todo el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

9.1 PROYECTO DE REFORMA LEGAL.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

H. ASAMBLEA NACIONAL

Considero necesario e importante el desarrollo de la siguiente reforma legal que titula **"REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS"** por lo que en base a que el Ecuador es un estado constitucionalista:

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 45 manifiesta que las niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos de los adultos y de los específicos a su edad.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 175 establece que las niñas, niños y adolescentes se deben someter a una justicia especializada y capacitada, todo ello en aplicación de la doctrina de protección integral.

Que, el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, contempla el principio del interés superior del niño, para el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de niños, niñas y adolescentes en nuestro país.

Que, el Art. 315 del Código de la Niñez y Adolescencia indica como principio la celeridad en toda actuación judicial.

Por las consideraciones expuestas y en uso de la facultad concedida a la Asamblea Nacional por el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador:

Resuelve:

Expedir la siguiente **REFORMA LEGAL AL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

Artículo 1.- Sustitúyase el Art. 340 por el siguiente:

"Art. 340.- Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente.

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

A la audiencia, deberán acudir los cónyuges o los convivientes con el examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, en caso de que ambos cónyuges estén aptos, la pareja deberá acordar sobre quien se quedará a cargo de los menores de edad y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho. En caso de divorcio o terminación de la unión de hecho se dispondrá la inscripción de la sentencia conforme con la ley. De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho."

ARTÍCULO FINAL.- La presente Ley de Reformatoria entrará en vigencia a partir de su aprobación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los…. días del mes de…… del año 2016.

f. Presidenta de la Asamblea **f) Secretario de la Asamblea**

10.- BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE BARRERA, FERNANDO. Diccionario Jurídico educativo de los derechos de la niñez y adolescencia, Fondo de la Cultura Ecuatoriana 2008.

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

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

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL/Quinta Edición, por Eduardo Pallares/México 1966

DICCIONARIO MANUAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Thefreedictionary. [En línea] 2007. http://es.thefreedictionary.com/audiencia.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L, 16ª edición, Buenos Aires-Argentina, 2003.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo VIII-II, Editorial Bibliográfica OMEBA, México, 2005.

GÓMEZ, LARA Cipriano, Teoría General del Proceso, .Harla, “Código Civil del Estado de Veracruz. “3ª. Edición. Cajica S. A. “Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz”. Cajita S. A.

KLUCKHOHN, Clyde. MURRAY, Henry A. SCHNEIDER, David. La Personalidad en la naturaleza, la sociedad y la cultura. Editorial Grijalbo. S.A.

LARREA Holguín Juan, DICCIONARIO DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO, Quito-Ecuador, 2006.

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

LLAVONA Luis María; “Manual del Psicólogo de Familia”, Editorial PIRAMIDE, Madrid-España, 2012.

MACÍAS Carmigniani Miguel, Ab., “LA FAMILIA ECUATORIANA”, Editorial Universidad Santiago de Guayaquil, Guayaquil-Ecuador, Año 2008.

MARTINEZ MORALES, Rafael; “Glosario Jurídico Civil”, Volumen 4, editorial IURE editores, México, 2005.

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

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

RAMÍREZ GRANDA, Juan, Diccionario jurídico, Claridad, Buenos Aires, 1976.

RAMÓN GARCÍA PELAYO Y CROSS, Diccionario Larousse. Ediciones Arouse; Montparnasse- Paris.

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

SALAZAR LIMA, Johanna Elizabeth, 2011, “Guía para la actuación procesal de la Junta Cantonal Protectora de Derechos por Vulneración de Derechos en el Ámbito Educativo en el Cantón Ibarra”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra, Ibarra-Ecuador.

LINKOPEDIA

http://books.google.com.ec/books?id=n8BQiytJgCgC&pg=PA71&dq=concepto+de+divorcio&hl=es&sa=X&ei=4PRiUbGVJoPn0gGG04GwDg&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=concepto%20de%20divorcio&f=false

http://miguelinformativo.blogspot.com/2012/11/historia-universal.html

https://www.wpas-inc.com/.../F22-02-Form-AllGroups-DomesticPartner

http://www.portumatrimonio.org/catolico/v/cohabitacion-o-union-libre/

http://www.tanatologia-amtac.com/descargas/tesinas/12%20Duelo%20en%20el%20proceso%20de%20divorcio.pdf

http://www.definicionabc.com/comunicacion/audiencia.php

http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/progenitor.php

http://definicion.de/parentesco/#ixzz2IFKrY1Yi. 17 de enero 2013

http://www.humanium.org/es/definicion/

http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/menor%20infractor.htm

http://miguelinformativo.blogspot.com/2012/11/historia-universal.html

11. ANEXOS

ANEXO 01

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

Me encuentro realizando mi Tesis de Grado, previo a la obtención del Título de Abogado, razón por la cual le pido su gentil colaboración en la contestación de la siguiente encuesta, la cual me servirá de gran ayuda.

1.- ¿Conoce Usted los Derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes?

SI ( ) NO ( )

Porqué?.....
.....
.....
.....

2.- ¿Conoce usted, que para qué el Juzgador pueda dictar sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, los padres deben ponerse de acuerdo a cargo de quién quedará el cuidado de los hijos?

SI ( ) NO ( )

Porqué?.....
.....
.....
.....

3.- ¿Consideraría usted imperativo que la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura, previo a la sentencia de divorcio de mutuo consentimiento dicte un seminario referente a los aspectos psicológicos negativos que implica un proceso de divorcio tanto, para los progenitores como para los hijos, con la finalidad de mantener la familia?

SI ( ) NO ( )

Porqué?.....
.....
.....
.....

4.- ¿Tomando en cuenta que un proceso de divorcio generalmente provoca graves secuelas en la psiquis de los padres y por ende de los hijos; consideraría usted necesario de que los progenitores formulen una declaración de derechos de sus vástagos, en la cual se comprometan a velar por su bienestar?

SI ( ) NO ( )

Porqué?.....
.....
.....
.....

5.- ¿Apoyaría usted una propuesta de reforma al artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder otorgarle el cuidado de

los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años?

SI ( ) NO ( )

Porqué?.....
.....
.....
.....

11.1 PROYECTO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS"

PROYECTO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

POSTULANTE: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

Loja – Ecuador

2016

1. TEMA

“REFÓRMESE EL ARTÍCULO 340 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, EN LO REFERENTE A LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ANTES DE LA AUDIENCIA DE DIVORCIO O TERMINACIÓN DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, PARA SABER CUAL DE LOS DOS PROGENITORES ES IDÓNEO PARA EL CUIDADO DE LOS MENORES DE 18 AÑOS”.

2. PROBLEMA

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 44 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….”

Así mismo el artículo 45 del mismo cuerpo legal señala: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción…..”

Finalmente el artículo 69 de la Carta Magna manifiesta que se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”. Es decir el Estado señala que tanto la materna y paterna tienen el deber de vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos de sus hijos.

El artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, señala: “Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente.

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho……”

De lo citado, puedo manifestar que no estoy de acuerdo con los preceptos antes señalados, en lo que respecta a que se le otorguen tanto a la madre como al padre el cuidado del mismo después de disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho por mutuo consentimiento, en vista de muchos de los progenitores luego de un divorcio pueden quedar afectados psicológicamente, razón por la cual se necesita reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder

otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

3. JUSTIFICACIÓN

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

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

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

Jurídicamente, es totalmente pertinente demostrar la necesidad apremiante reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, para poder velar de mejor manera los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

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

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del Código General de Procesos, en lo referente al cuidado compartido que tienen los padres sobre sus hijos después de un divorcio consentido.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario respecto al estado anímico en que quedan los padres al atravesar un divorcio consentido.

- Establecer a través de la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura, cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para cuidado de los hijos menores de 18 años.

- Proponer un proyecto reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico.

5. HIPÓTESIS

Es imperioso reformar el artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, ya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

6. MARCO TEÓRICO

LA FAMILIA

"La familia es la célula básica del cuerpo social, la más universal de las instituciones, el agente de socialización por excelencia. También es la portadora de un patrimonio cultural que deja en todos nosotros su sello. No cabe duda de su importancia, pero sin embargo no existe una definición consensuada la misma. Por esta razón y para aproximarnos al concepto, proporcionamos una definición propia, fruto de nuestra revisión documental acerca de la Sociología de la familia. Entendemos la familia como la institución basada en lazos de relación del matrimonio, descendencia o adopción constituida por padres, no necesariamente casados, y sus hijos, unidos y fortalecidos por el amor y el respeto mutuo. Haciendo el concepto más elástico, la concebimos como el conjunto de personas que comparten unas necesidades afectivas y unas funciones compartidas y negociadas por sus miembros. Esta concepción intenta aproximarse a los modelos familiares actuales, aunque resulta difícil en una sola definición reflejar la familia actual española, ante la inusitada multiformidad que acontece"50.

"Sea por el linaje o por la sangre, la constituyen el conjunto de ascendientes, descendiente y colaterales con un tronco común, y los

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

cónyuges de los parientes casados, con el predominio de lo afectivo o lo hogareño, la familia es la inmediata parentela de uno”[51]

La familia constituye el medio ambiente, en el que el ser humano se va tornando apto para la vida en la sociedad, donde el niño va aprendiendo a valorar la atención, el cuidado y la protección que como persona necesita y recibe, es cuando va formando su carácter y va adquiriendo las cualidades de persona, toda vez que las atenciones y el cuidado que tenga dentro de su primeros años, repercute en toda su vida. La familia juega un rol determinante en el desarrollo de la personalidad de los menores, de sus aptitudes y comportamiento. Es el escenario donde los menores aprenden a respetar los derechos y las propiedades de los otros y se forman con sentimientos de cooperación y ayuda, donde con estos principios, valores y ejemplos van a conformar otro hogar con otra persona.

PARENTESCO

“Se define como parentesco al lazo establecido a raíz de consanguinidad, adopción, matrimonio, afinidad u otro vínculo estable basado en el afecto genuino. Se trata, por lo tanto, de relaciones que pueden desencadenarse

51 Guillermo Cabanellas de la Torre, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina 2003, página 166.

por factores biológicos o no y que se organizan de acuerdo a líneas que permiten reconocer múltiples grados”[52].

A lo citado se puede acotar que en sentido estricto, parentesco es el vínculo que une a las personas que descienden unas de otras o poseen un ascendente común, en pocas palabras están unidas por la sangre; mismo que permite reconocer múltiples grados; dentro de parentesco se puede considerar al lazo conformado a partir de la adopción y matrimonio cuya sujeción es estable basado en un afecto real.

NIÑO

“En nuestra legislación se considera niño/a a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Si existiera dura acerca de la edad de una persona, se le considerará niño/a o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”53.

52 WWW. Google. Definición de parentesco - Qué es, Significado y Concepto http://definicion.de/parentesco/#ixzz2IFKrY1Yi. 17 de enero 2013
53 DICCIONARIO JURÍDICO EDUCATIVO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 2010, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, p. 106.

“Es la persona que no ha cumplido los siete años; Se llama también infante, la palabra niño; nos manifiesta que no ha llegado a la pubertad, y seguirán cuidando de él, sus padres**”**[54]

De acuerdo a esto podemos señalar que se considera a niño a un individuo indistintamente de su sexo o raza que se encuentra en un periodo que abarca desde el nacimiento hasta la edad de 7 años y que se caracteriza por no poseer un grado de madurez y desarrollo suficiente para alcanzar su autonomía. Es en ésta fase en la que se desarrollan las capacidades y condiciones esenciales para la vida, la mayor parte de su cerebro así como sus conexiones, por ello es esencial el amor y la estimulación intelectual en un entorno adecuado que le permita generar seguridad y autoestima necesarias para su correcto desenvolvimiento.

DIVORCIO

“Es la ruptura en la vida de los esposos, del vínculo matrimonial, mediante sentencia declarada judicialmente”. 55

54 Juan Larrea Holguín, Diccionario de Derecho Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2006, página 315.
55http://books.google.com.ec/books?id=n8BQiytJgCgC&pg=PA71&dq=concepto+de+divorcio&hl=es&sa=X&ei=4PRiUbGVJoPn0gGG04GwDg&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=concepto%20de%20divorcio&f=false

Se puede añadir a lo citado que es el divorcio es el resultado de la decisión concertada entre los dos cónyuges o por la decisión de uno de ellos de terminar y disolver la relación matrimonial por incompatibilidad o divergencias irreconciliables suscitadas en la convivencia entre las que se pueden incluir: infidelidad, abandono, violencia doméstica o la conjugación de todas ellas.

LA TENENCIA

El autor Manuel Ossorio, aporta con un amplio concepto acerca de la tenencia, institución jurídica a la cual se refiere así:

"Tenencia de los hijos. Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinara cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa cuestión, se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos.

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

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

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

En la legislación suele regir el criterio de que, salvo causas graves, los hijos menores de 5 años queden a cargo de la madre y los mayores de esa edad a cargo del cónyuge inocente, a menos que esa solución resulte inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueren culpables, el juez determinará el régimen más conveniente para los hijos”56.

El divorcio trae consigo algunas cuestiones que deben resolverse tal como la tenencia de los hijos; para ellos es difícil comprender la separación entre padre y madre, por ende los progenitores deben mantener un diálogo regular, participar de los procesos psico-evolutivos y tomar de forma conjunta decisiones que incidan en la vida de sus hijos. Lamentablemente esto no

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

acontece ya que luego del divorcio, el cónyuge que abandona la casa tiene acceso a un régimen de visitas transformándose más que un padre en un simple visitante.

Para poseer la tenencia de los hijos el cónyuge a cargo, papel que generalmente le corresponde a la madre debe ser una persona responsable puesto que debe brindar todo tipo de garantías, cuidado y protección a los menores tratando de asegurar su crianza y desarrollo psíquico, emocional y mental, para fortalecerlos en un ambiente amoroso y comprensivo.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El tratadita Cipriano Gómez Lara, en su obra Teoría General del Proceso, señala: "es el resultado que da, el que una persona carente de recursos económicos pida a otra que tenga suficiente, ayuda para su subsistencia; ello ante la Autoridad Jurisdiccional correspondiente siempre que acredite el vínculo que una a los mismos, ya sea matrimonial o filial"[57].

Con el divorcio se elimina el vínculo matrimonial entre los cónyuges, no obstante ambos tienen responsabilidades con los hijos procreados en lo referente a lo necesario para su subsistencia como la alimentación, vestimenta, educación al igual que en el aspecto afectivo por cuanto el divorcio genera secuelas graves en el estado emocional de niños y

57GÓMEZ, LARA Cipriano, Teoría General del Proceso, .Harla, "Código Civil del Estado de Veracruz. ". 3ª. Edición. Cajica S. A. "Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz". Cajita S. A.

adolescentes.

ANTECEDENTES DEL DERECHO DE ALIMENTOS

“En la edad de los metales, segunda gran división de la prehistoria, el hombre había iniciado su camino como fabricante de utensilios, los cuales consistían en lascas rudimentarias rudimentariamente trabajadas, cuya misión fundamental se dirigía a la caza y aumenta la defensa personal de los grupos sociales aquí aparece el hombre de Neandertal que se extendió en Europa, Asia y parte de África, se caracteriza este periodo en que los padres tienen especial cuidado en la crianza de los hijos, en vista de que su existencia se encuentra al acecho de animales y bestias salvajes, en esta fase ya aparecen las primeras aldeas o viviendas. El ciclo de los cultivos obliga al hombre primitivo permanecer en los lugares próximos en los mismos para velar por la abundancia de la futura cosecha igual sucedió con la prehistoria americana, ya en el VIII el valle de Tehuacán estaba ocupada por los pequeños grupos humanos de economía mixta cazadora, recolectora, en América de Sur y en América Central debido a la incidencia negativa de los factores climáticos los restos materiales que atestiguan el desarrollo de la vida sedentaria en esta zona son por el momento mal conocidos. Indirectamente los arqueólogos han podido inferir la existencia de cultivos de la mandioca por los restos de platos de vajillas ordinarias, urnas fúnebres en donde se

han encontrado madres enterradas conjuntamente con sus hijos en brazos, con tongas que contienen alimentos supuestamente para el más allá, lo que nos hace suponer que fueron una sociedad agraria sedentaria y que le ponían mucho énfasis al cuidado y alimentación de sus vástagos."[58]

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

"**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o

58 http://miguelinformativo.blogspot.com/2012/11/historia-universal.html

resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución de la República o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos".

Es a partir de estas premisas, cuando la Constitución procede a enumerar los derechos, huyendo de las tradicionales clasificaciones doctrinarias, y manteniendo la consideración, por un lado, de que todos tienen el mismo rango jerárquico, y, por otro, comenzando por los llamados "Derechos del buen vivir" que constituyen elementos fundamentales del propio Estado ecuatoriano, y del resto de los derechos y libertades reconocidas constitucionalmente.

Es el anhelo del Estado ecuatoriano promover y fundamentar un Estado Constitucional de Derechos, de esta manera los ecuatorianos y ecuatorianas indistintamente de la edad, sexo, raza e ideología estamos amparados pues poseemos igualdad de derechos que se encuentran reconocidos por la Carta Magna.

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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”.

Este artículo es fundamental para hacer prevalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que es muy importante que crezcan y se desarrollen dentro de un hogar estable, que pueda cuidar de los mismos y sobre todo cumplir con sus responsabilidades de padre, que no solo consisten en manutención, sino también amor y apoyo para que puedan gozar de su niñez. El Estado también es responsable de vigilar porque esto se cumpla a cabalidad.

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El

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

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

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas".

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran reconocidos a nivel mundial a través de la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo que nuestra Constitución también ha creído conveniente establecer en su articulado dicha protección.

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

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo….”

Como podemos darnos cuenta el Estado señala en éste artículo la corresponsabilidad materna y paterna; así como vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

“Art.1.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad59”.

Acorde a esto se puede señalar que el Estado anhela garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia y asegurar la vigencia,

59 CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador

ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos, actuando de manera articulada y coordinada con organismos y entidades que basan su accionar en la Constitución Política del Estado, los instrumentos internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia, que de forma específica establece los siguientes principios: la participación social; la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional; la eficiencia y eficacia; y, la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

SECCIÓN IV

DIVORCIO O TERMINACION DE UNION DE HECHO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Art. 340.- Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente.

La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

En caso de divorcio o terminación de la unión de hecho se dispondrá la inscripción de la sentencia conforme con la ley.

De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho."

De lo que podemos darnos cuenta por lo citado en el artículo anterior, existe la necesidad de presentar una propuesta de reformar en donde se incluya que para poder otorgarle el cuidado de los hijos menores de 18 años, los cónyuges o los convivientes antes de la audiencia deberán primeramente realizarse un examen psicológico, en donde la Unidad Técnica del Consejo de la Judicatura certifique cuál de los dos progenitores está apto psicológicamente para el cuidado de sus hijos menores de 18 años, y de esta manera la o el juzgador pueda pronunciar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.

7. METODOLOGÍA

7.1 MÉTODOS

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

7.2 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

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

El estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática. La investigación de campo se concretará a

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

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

8. CRONOGRAMA

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

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humanos

Director de Tesis: Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre.

Encuestados. 30 abogados en libre ejercicio

Postulante: EDUARDO XAVIER IÑIGUEZ ESPINOSA

9.2. Recursos Materiales y costos

Materiales	**Valor**
Libros	150,00
Separatas de Texto	20,00
Hojas	30,00
Copias	50,00
Internet	50,00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	500,00
Transporte	400,00
Imprevistos	200,00
Total	**1400,00**

9.3. Financiamiento

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

10. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- Código de la Niñez y Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2009.
- Código Orgánico General de Procesos. Corporación de Estudios, y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2016
- ALBÁN Ernesto, MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO, Parte General, 1ra. Edición, Colección Profesional Ecuatoriana.
- ANDRADE BARRERA Fernando. Diccionario Jurídico educativo de los derechos de la niñez y adolescencia, Fondo de la Cultura Ecuatoriana 2008.
- BOFILL Jorge, LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCI, Editorial Jurídica de Chile.
- CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, 9na. Edición, Tomo I A-D, Editorial HELIASTA, Buenos Aires-Argentina.
- CARRARA Francesco. DERECHO PENAL, Vol. 3, Primera Serie, OXFORD University Press.

- FONTÁN Carlos, DERECHO PENAL, Introducción y Parte General, 15va. Edición, Editorial ABELEDO-PERROT, Argentina.
- GARCÍA PELAYO Y CROSS, Dr. Ramón Diccionario Larousse. Ediciones Arouse; Montparnasse- Paris.
- HULSAMAN LOUK. “Sistema Penal y Seguridad Ciudadana”. Editorial Ariel. Año 1984.
- LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL. Segundo Suplemento -- Registro Oficial Nº 526 -- Viernes 19 de junio de 2015
- LARREA HOLGUÍN Juan, Diccionario de Derecho Civil Ecuatoriano, Quito- Ecuador , 2006
- MENDOZA GARCÍA Luis y otro, DICCIONARIO JURÍDICO, 1era Edición, Editorial LIPAE, Quito-Ecuador.

ÍNDICE

PORTADA……..…I
CERTIFICACIÓN…….….…II
AUTORÍA……..….III
CARTA DE AUTORIZACIÓN……..…IV
DEDICATORIA……..…V
AGRADECIMIENTO…….....VI
TABLA DE CONTENIDOS…….…..VII
1. TÍTULO……...1
2. RESUMEN……..…2
2.1ABSTRACT……..….4
3. INTRODUCCIÓN……..….6
4. REVISIÓN DE LITERATURA……...…9
MARCO CONCEPTUAL……9
MARCO DOCTRINARIO…….29
MARCO JURÍDICO……..45
LEGISLACIÓN COMPARADA……57
5. MATERIALES Y MÉTODOS……...62
6. RESULTADOS……..66
7. DISCUSIÓN……...77
8. CONCLUSIONES…….....84
9. RECOMENDACIONES……86
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA ... ……...…..88
10. BIBLIOGRAFÍA……..….91
11. ANEXOS
Encuesta……..……96
Proyecto de tesis……99
ÍNDICE…..……..…….....131