



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO:**

“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES.”

TESIS PREVIO A OPTAR EL  
GRADO DE ABOGADA

**AUTORA:**

Rocío del Cisne Villavicencio Guevara.

**DIRECTOR DE TESIS:**

Dr. Rogelio Castillo Bermeo, Mg. Sc.

**LOJA – ECUADOR**  
**2016**



## CERTIFICACIÓN

Dr. Rogelio Castillo Bermeo Mg. Sc.

**CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

### CERTIFICO:

Que he dirigido y revisado la presente tesis titulada **“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES.”**, elaborada de forma previa para la obtención del título de Abogada, por la señora Rocío del Cisne Villavicencio Guevara; la misma que cumple con las exigencias reglamentarias de fondo y forma, por lo que autorizo su presentación ante la autoridad académica correspondiente.

Loja, Marzo de 2016



Dr. Rogelio Castillo Bermeo Mg. Sc.

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, Rocio del Cisne Villavicencio Guevara; declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

**Autor:** Rocio del Cisne Villavicencio Guevara

**Firma:** -----

**Cédula:** 110423312-5

**Fecha:** Loja, Marzo de 2016

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo Rocío del Cisne Villavicencio Guevara declaro ser autora de la tesis Titulada **“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES”**. Como requisito para optar al título de **ABOGADA**; 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 07 días del mes de Marzo del dos mil 2016, firma la autora.

**Firma.**



**Autora:** Rocío del Cisne Villavicencio Guevara.

**Cedula:** 110423312-5

**Dirección.** Ciudadela “Daniel Álvarez”

**Correo Electrónico:** [chiitovill@hotmail.com](mailto:chiitovill@hotmail.com).

**Teléfono.** 3105912

**Celular:** 09558446.

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

**Director de Tesis:** Dr. Rogelio Castillo Bermeo. Mg. Sc.

**Tribunal de Grado.** Dr. Luis Mogrovejo Jaramillo. Mg. Sc

Dr. Patricio Valdivieso Espinosa. Mg. Sc.

Dr. Galo Bastidas Corrales. Mg. Sc.

## DEDICATORIA

Este trabajo investigativo lo dedico a Dios, a la bendición de mi padre que está en los cielos y al apoyo incondicional de mi esposo Franklin Erazo y a mi querida madre Sra. Rosa Guevara, a mis queridos, hijos Magerly e Isaí que son la razón de mi vida, y hermanos quienes me han brindado su apoyo incondicional.

*Rocío Villavicencio*

## **AGRADECIMIENTO**

Presento mi agradecimiento perpetuo a la Universidad Nacional de Loja a través del Área Jurídica, Social y Administrativa, al personal docente y administrativo de la Carrera de Derecho, de manera especial al Dr. Rogelio Castillo Bermeo, Director de Tesis, quien me orientó y dirigió de la forma más adecuada para concluir con éxito el presente trabajo investigativo.

Mi gratitud a todos ellos.

**La Autora**

## **1. TITULO**

“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES.”

## **2. RESUMEN**

La Constitución de la República del Ecuador, como norma fundamental dentro de nuestro territorio, reconoce una serie de derechos, obligaciones y responsabilidades respecto de la familia, por tanto, al ser la Constitución una norma de carácter general, nuestras autoridades tienen la responsabilidad de dictar las normas secundarias que permitan viabilizar los mandatos que la Constitución consagra.

El Código Orgánico de la niñez y adolescencia y la situación jurídica de los menores es muy amplio y no permite tutelar de manera efectiva los derechos de los hijos, por el contrario nuestra legislación civil imposibilita que los padres divorciados compartan la tenencia de los hijos, la manera procesal que se sigue, en los casos de divorcio en nuestro país, produce un temor en ambos progenitores de perder a los hijos y posteriormente una frustración difícilmente asimilable al sentenciar la ruptura no sólo de la familia, sino del matrimonio, al otorgar el juez/a la tenencia a uno de los progenitores en detrimento de los hijos y del otro progenitor.

Dentro del Derecho Civil, la institución que ha sufrido profunda evolución jurídica es precisamente la familia, en ese sentido, el país necesita de una normativa que establezca y regule las relaciones familiares entre padres e hijos luego de que se produzca un divorcio que prevea los procedimientos para su ejercicio, protección y cumplimiento cuya finalidad sea la de conservar las relaciones familiares entre padres e hijos.

## **ABSTRACT**

The Constitution of the Republic of Ecuador, as a fundamental rule within our territory, it recognizes a series of rights, obligations and responsibilities with regard to the family, by both the Constitution being a general rule, our authorities have a responsibility to dictate the secondary rules that allow to enable the mandates that the Constitution enshrines.

The Ecuadorian Civil Code with regard to the divorce and the legal status of children is very broad and does not allow you to protect effectively the rights of children, on the contrary our civil legislation makes it impossible for divorced parents share custody of the children, the procedural way to be followed, in cases of divorce in our country, produces a fear in both parents of losing the children and then a frustration can hardly be equated with the sentencing the break not only of the family, but of the marriage, by granting the judge custody to one parent at the expense of the children and the other parent.

Within the Civil Law, the institution that has suffered deep legal developments it is precisely the family, in this sense, the country needs a rules to establish and regulate family relationships between parents and children after a divorce that provides for the procedures for the exercise of such protection and compliance whose purpose is to preserve family relations between parents and children.

### 3. INTRODUCCIÓN

La familia considerada como el núcleo de la sociedad y siendo la institución protegida y garantizada por el Estado en todas sus formas, no obstante, tras producirse un divorcio entre los padres, la custodia siempre es concedida a uno de los progenitores por lo general suele ser a la madre, situación que afecta derechos fundamentales de los hijos y del progenitor que se le priva de continuar manteniendo una relación familiar con sus hijos, por ello he creído oportuno realizar mi investigación jurídica titulada: **“Establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos cuando el padre o madre ha incumplido la sentencia, como medio que conserva las relaciones familiares.”**, que a pesar de la importancia de la figura de la tenencia compartida en nuestro ordenamiento jurídico no se la ha establecido, situación que ha dado lugar a que se dé una lucha cruel e injusta entre progenitores.

La presente tesis sigue la normativa del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja y se halla estructurado de dos secciones, tal como detallo a continuación:

**En la primera sección**, denominada Cuerpo del Informe Final, integrado por: la Revisión de Literatura, se encuentra constituido así: en el Marco Conceptual, hago referencia a conceptos relacionados con la custodia compartida, sus tipos y a sus principios; la familia, su etimología, definición,

origen y evolución y los tipos de familia, así como también el divorcio, sus clases, características y sus consecuencias, también abordé la temática sobre los menores de edad; en el marco jurídico respecto a las relaciones familiares entre padres e hijos luego de producido un divorcio, desarrollé el marco jurídico nacional así como el marco jurídico comparado de las legislaciones de Colombia, Venezuela y Perú; y, en el marco doctrinario, me enfoqué en la descripción de la problemática, bienes jurídicos lesionados, la custodia compartida como elemento para hacer efectivos los derechos del menor y criterios a tener en cuenta para adoptar las medida de custodia compartida.

En segundo orden hago referencia a la metodología de la investigación, señalando los materiales, métodos, procedimientos y técnicas utilizadas en el desarrollo de mi investigación socio - jurídica.

A continuación, presento la investigación de campo y los resultados, obtenidos de las encuestas y entrevistas aplicadas, representándolos en cuadros estadísticos que demuestran la incidencia del problema objeto de estudio, resultados que me permitieron verificar el objetivo general y los objetivos específicos, contrastar la hipótesis planteada, además fundamentar la reforma legal al Código Civil.

**En la segunda sección**, presento la síntesis de mi investigación, en donde presento las conclusiones y las recomendaciones a las cuales he arribado al

final del desarrollo del presente trabajo investigativo; así como también planteo una propuesta de reforma al Código Civil ecuatoriano, respecto del establecimiento de la custodia compartida entre padres e hijos luego de producirse un divorcio.

Con este trabajo investigativo, pretendo alcanzar mi título de Abogada y permitirme dar un aporte a la sociedad esperando que por su importancia sea acogida en lo posterior.

## **4. REVISIÓN DE LITERATURA.**

La doctrina, la jurisprudencia y la normativa nacional e internacional hacen referencia a vocablos específicos que se remiten a conceptos y definiciones concretas en materia de la custodia compartida, que previamente a efectuar el análisis socio-jurídico del problema de investigación jurídica es necesario establecerlas para un conocimiento de las cuestiones englobadas en el mismo.

### **4.1 MARCO CONCEPTUAL**

#### **4.1.1 Derecho de familia**

El Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial. Es el medio eficaz por el cual el Estado como ente garantizador de derechos, protege a la célula fundamental de la sociedad que es la familia, a través de normas que regulan las relaciones de cada uno de sus integrantes a través de una serie de derechos y obligaciones.

Siguiendo al profesor Francesco Ferrara podemos definir el Derecho de familia como el *“complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y*

*respecto a los terceros*<sup>1</sup>. Por tanto, será objeto del Derecho de familia todo lo relativo a relaciones familiares, alimentos, matrimonio, régimen económico matrimonial, filiación, relaciones paternas filiales, e instituciones tutelares.

Como toda rama del Derecho, puede ser definido en sentido subjetivo u objetivo. En sentido subjetivo, se habla de los “derechos de familia” para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. Y en sentido objetivo es el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantiene entre sí los miembros de la familia. Más completa, porque extiende su ámbito a las relaciones con terceros.

#### **4.1.2 Conceptualización de tenencia.**

El término “tenencia”, en lenguaje legal, es: la acción de tener o poseer una cosa, proviene de estrechas relaciones con la posesión, a diferencia de custodia es: *“cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa”*<sup>2</sup> Según definiciones de generales del cuidado de objetos cosificados que en adelante al tratarse de seres humanos, cambiará radicalmente las implicaciones.

Específicamente en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta que *“para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, el Juez*

---

<sup>1</sup> FERRARA, F. *Trattato di diritto civile italiano*. (1922). Roma: Athenaeum. Pág. 23

<sup>2</sup> OMEGA. *Enciclopedia Jurídica* (Vol. 5). (1995). Pág. 87

*estimaré confiar su cuidado, crianza, a uno de los progenitores (es decir la tenencia), sin alterar el ejercicio de la patria potestad”<sup>3</sup>, en el mismo código se define a la patria potestad como: el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley; inclusive se añade que “(...) También podrá confiar la tenencia con atribuciones de uno o más derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior”<sup>4</sup>*

En la anterior ley denominada Código de Menores se decía: *“Respecto a la tenencia de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando estos no vivan juntos, siempre que el acuerdo beneficie al menor y se establezcan las medidas necesarias para su cumplimiento”<sup>5</sup>.*

Teniendo relación con el Art. 115, del Código Civil señala: para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos.

Es decir, lo que se acuerde económicamente para el sustento de los hijos luego del divorcio, debe ser exclusivamente para los hijos quizás esta sea

---

<sup>3</sup> CORPORACIÓN, E. P. CODIGO CIVIL. (2013). Art. 118

<sup>4</sup> CORPORACIÓN, E. P. CODIGO CIVIL. (2013). Art. 118

<sup>5</sup> CORPORACIÓN, E.P. CODIGO DE MENORES. (1995).

una controversia muy difícil de llevar luego del divorcio, ya que el progenitor ausente, quien debe dar el sustento económico a los hijos no puede observar si dicho sustento está llegando de forma adecuada y responsable a los hijos, pues en nuestro país no existe regla alguna que regule o controle la administración de la pensión alimenticia entregada por el padre ausente del hogar, pues la pensión alimenticia en la mayoría de casos la administra la madre, sin tener que rendir cuentas a nadie de lo gastado.

En el Segundo inciso del mismo Código, señala que: *“Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos, este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del Juez, que den fundamento para la modificación”*<sup>6</sup>

Para que proceda la Tenencia de los menores debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- a) *“Se preferirá a la madre divorciada o separada del marido o del padre el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad”*<sup>7</sup>, esta disposición rige cuando nos encontramos con una madre que reúne todas las condiciones, persona que debe tener las cualidades morales, espirituales, sociales, culturales; que imparta amor a sus hijos, que ofrezca seguridad, buen ejemplo, que les guíe por los

---

<sup>6</sup> CORPORACIÓN, E. P. CODIGO CIVIL. (2013). Art. 115

<sup>7</sup> CORPORACIÓN, E. P. CODIGO CIVIL. (2013)

camino del bien, dentro de una educación propia para su edad y condiciones sociales y culturales, que sea intachable en su conducta y que su moral sea un ejemplo para sus hijos y para la sociedad.

- b) “Los hijos púberes, estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan”<sup>8</sup>, así mismo dentro de este literal, el Juez debe tomar en cuenta la decisión de los menores, los valores éticos, morales, psíquicos, sociales y culturales del progenitor con quien elijan irse los hijos, ya que pueden estar engañados por la ambición del dinero o de ciertos ofrecimientos que pueden hacerlo para obtener fines propios.
- c) No se confía el cuidado de los hijos cuando se comprueba inhabilidad física o mental de los padres, o por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110, mis comentarios con respecto a este artículo los he mencionado el capítulo primero donde me refiero a las causales de divorcio.
- d) En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. *“A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y*

---

<sup>8</sup> CORPORACIÓN, E. P. CODIGO CIVIL. (2013)

*fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad<sup>9</sup>. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.*

El problema de la Tenencia de los hijos se genera a partir de la destrucción del matrimonio llegando al divorcio y transformándose en un problema legal en la disputa por quién se debe quedar con los hijos, que generalmente es la madre; es cuando los hijos empiezan a sentir la falta del progenitor ausente, la falta de la familia, la ansiedad de los padres en este proceso de separación lleva efectos negativos a los niños en su desarrollo emocional, psicológico y social. Quebrantando el Principio Constitucional de Interés Superior del Niño, el mismo que se refiere a que los derechos del Niño prevalecerán sobre los de los demás.

Para la tenencia se da preferencia a la madre divorciada o separada del marido tomando en cuenta que debe cumplir las condiciones señaladas en la ley; en la mayoría de los casos no se le consulta si desea continuar con la crianza y educación de los hijos, aunque es una decisión muy obvia, muchas de ellas se sienten frustradas debido a la gran responsabilidad que ahora

---

<sup>9</sup> CORPORACIÓN, E. P. CODIGO CIVIL. (2013). Art. 393

deben afrontar solas, frustrando su desarrollo individual y profesional. Por otro lado el padre o el otro progenitor en la mayoría de casos solo tienen un régimen de visitas convirtiéndose en un visitante, generando que el niño, niña o adolescente pierda varios de sus derechos.

#### **4.1.2.1 Concepto de tenencia.**

Fermín G. Chunga Lamonja, define a la Tenencia de Menores como: *“Situación por la cual un menor se encuentra transitoriamente en poder de quienes no son sus padres, tutores o guardadores”*<sup>10</sup>

Según el pensamiento de algunos autores, la tenencia de menores es una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total; *“derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor; y, cuando el mismo se encuentre en situación no apta para su desarrollo y su integridad”*<sup>11</sup>.

Según (Cabanellas, 2001) y otros autores definen a la Tenencia como: *“es la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. Antiguamente se empleaba esta voz por caudal, hacienda o haberes”*<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Fermín G. *Introducción al Derecho de Familia*. (2010). Pág. 36

<sup>11</sup> Aguirre, R. *Derecho de menores*. (1993). Pág. 33

<sup>12</sup> CABANELLAS de Torres, *Diccionario Jurídico*. (2001). Pág. 379

En este último concepto, la tenencia se refiere a la posesión de un objeto o cosa, por lo que considero que este término no es apropiado para este caso pues parece aludir más a las cosas que a las personas; sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabilice las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, esta expresión está reconocida en nuestra legislación.

Rubén Aguirre y otros, manifiestan de acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, que la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los diccionarios de La Real Academia de la Lengua Española, así como otros autores, toman la similitud en sus definiciones.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *Tuición* “*Es la acción y efecto de guardar y defender*”<sup>13</sup> guardar y cuidar o custodiar algo; tener cuidado de una cosa y vigilancia sobre ella, es asistir, guardar, conservar; por lo que se podría decir que tuición es el cuidado, custodia, guardia que ejerce una persona sobre un menor.

Para (Cabanellas, 2001), la Tuición “*es la defensa, amparo, protección de un derecho*”<sup>14</sup>

Según (Fuchlocher, 1983): Tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez,

---

<sup>13</sup> Diccionario, Real Academia de la Lengua Española. (2003). Pág. 524

<sup>14</sup> CABANELLAS de Torres, *Diccionario Jurídico*. (2001). Pág. 391

respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad.<sup>15</sup>

Así mismo, la Tuición es aquel Derecho que otorga el legislador al padre, a la madre, a otros ascendientes o colaterales, y aún a quienes no les liga parentesco alguno, de un menor de edad que requiere cuidado y protección de determinada persona o personas idóneas.

*“Es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a ciertas personas señalada en la ley o por el juez, respecto al cuidado personal, crianza y educación de los hijos”<sup>16</sup>.*

Considerando los conceptos sobre tenencia y tuición pienso que el término más adecuado para hablar sobre los niños, niñas y adolescentes luego del divorcio es “tuición” debido a que hace mejor referencia al cuidado de personas; por ejemplo, en Chile, ya se usa la “tuición” en lugar de tenencia. En cambio, la tenencia hace referencia a la posesión de un objeto; sin embargo, debido a que este término “TENENCIA”, se encuentra definido en el Título III, del Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia, dentro de nuestra legislación, es el término jurídico que se aplica en relación a los

---

<sup>15</sup> FUCHSLOCHER, (1983), Pág. 245

<sup>16</sup> JUICIO. *Abogados, todo Juicio*. (2011) Pág. 48

niños, niñas y adolescentes que van a vivir con uno de sus padres, luego del divorcio o separación, es por tal razón el tema de esta tesis.

#### **4.1.2.2 Presupuestos para demandar la tenencia**

Según Rubén Aguirre y otros, para que se proceda a demandar la Tenencia debe tener ciertas características propias, que la distingue y que son las siguientes:

- “ a) Debe ser libre y espontánea, es decir, que nadie le puede obligar a que presente la petición o la demanda de tenencia a los jueces de la Niñez y de las Adolecencia, ya que esta debe nacer de la persona, quién desea obtener la tenencia de un menor.*
- b) No debe ser remunerada; si esta es libre y espontánea mal podríamos estar pensando de que el otro o sus familiares deban pagar a quien obtiene la tenencia, para los cuidados y la protección del mismo, puede hacer uso de los frutos que produzcan ciertos bienes para la supervivencia de los menores.*
- c) Es un derecho que tienen todas las personas; refiriéndose a quienes tienen parentesco con los menores, por quienes se solicita dicha tenencia, ya que no se puede pedir la tenencia de un menor por una persona que no le una un lazo sanguíneo, toda vez que para ello existe otra Institución Jurídica como, por ejemplo: La Colocación Familiar.*
- d) Es única ya que puede solicitarlo el otro padre, los parientes que son casados, o los parientes solteros, no pueden solicitar la*

*tenencia las instituciones públicas ni privadas ni alguna otra institución especial.*

- e) Está dirigida única y exclusivamente para los menores de edad, no se puede extender a los mayores de edad, “ni a los alienados mentales y con incapacidades de cualquier índole”.*
- f) Solo los familiares pueden solicitar la tenencia, y no existen impedimentos legales como es el caso de las guardas que por el cargo que ocupan no pueden solicitar la misma.”<sup>17</sup>*

En la Revista Judicial de Derecho Ecuador ([www.derechoecuador.com/ec.](http://www.derechoecuador.com/ec.)), se manifiesta que la tenencia 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 elijan.

El 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, aún con apremio personal o allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el menor.

---

<sup>17</sup> Aguirre, R. *Derecho de menores*. (1993). Pág. 33

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. El Juzgado de Menores notificará a los jueces competentes del lugar donde se encuentre el menor, sin perjuicio de otras medidas que se adopten en virtud de convenios internacionales suscritos para el efecto.

Una vez presentada la demanda sobre la tenencia, el Juez hará comparecer al tenedor a una audiencia reservada, en la que escuchará a las partes y al menor.

De no mediar un acuerdo, el Juez concederá, en la misma audiencia, un término de 6 días de prueba, ordenando una investigación psicosocial, luego de lo cual resolverá en un término de 3 días.

El Juez podrá disponer la entrega inmediata del menor al reclamante o la colocación temporal del mismo con un pariente cercano, hasta que se dicte la resolución.

Para que proceda la tenencia de menores y se le asigne a una persona esta responsabilidad, entregándole los hijos para el cuidado y protección del

mismo, deben estas, brindar toda clase de garantías al menor para su crianza y desarrollo psíquico y mental, para que éste se fortalezca en un hogar de amor, de comprensión, con personas capaces de dar todo el apoyo y respeto a los hijos. Los jueces de la Niñez y Adolescencia, apoyados por los Departamentos respectivos deben buscar a las personas capaces para este fin.

#### **4.1.2.3 Diferenciación entre “Tenencia” y “Custodia”**

Muchas de las preguntas frecuentes en cuanto al tema de responsabilidades del cuidado de menores, surgen cuando no se esclarece cuáles son implicaciones y los alcances legales y prácticos entre el ejercicio de “TENECIA” y “CUSTODIA”

Dado que la custodia es una forma de protección de niños, niñas y adolescentes y consiste en tener la custodia física de los mismos, con el fin de VIVIR, CUIDAR y ASITIRLOS, es completamente viable poder otorgar la tenencia y custodia a uno de los cónyuges, a los dos o a un tercero de ser necesario la particularidad de los casos.

¿En qué se diferencia tenencia de custodia?, dicha diferenciación se centra en la convivencia habitual o diaria con ellos, ya que una vez producida la ruptura matrimonial, lo habitual es que ambos cónyuges mantengan la “*patria potestad*”<sup>18</sup> solo uno de ellos (salvo que exista custodia compartida),

---

<sup>18</sup> Diccionario SOPENA: Representación general de los hijos. (2005), Pág. 86

tendrá la guardia y custodia, teniendo el otro el llamado derecho de régimen de visitas

En este contexto es importante también desarrollar en los contenidos relacionados a la custodia como parte de información complementaria para concreción del tema de estudio.

#### **4.1.3 Concepto de custodia**

El término custodia, proviene del latín *curtos, custodis*, voz que se deriva de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que la Enciclopedia Jurídica Omega la define como “*cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa*” (OMEGA, 1995).<sup>19</sup>

Es por ello que cuando se hace un contraste con algunos otros manifiestos podemos darnos cuenta que tienen un símil en la esencia medular de su definición, así tenemos: la custodia de acuerdo (Cabanellas, 2001): la define como el *Cuidado. Guarda, Vigilancia. Protección, amparo.*

El término custodia para el Dr. Miguel Ángel Rosales, en su Ponencia titulada “Custodia compartida”; significa encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos.

---

<sup>19</sup> OMEGA. *Enciclopedia Jurídica* (Vol. 5). (1995); Pág. 380.

Para la comprensión del término custodia compartida tomemos en consideración que el término compartir, tal como manifiesta el diccionario (CASTELL, 1998) hace referencia a *“repartir, dividir, distribuir las cosas en partes”*<sup>20</sup> y el término custodia como lo vimos implica la vigilancia y amparo.

A la custodia compartida, se la puede definir como aquella que tiende a lograr un reparto equitativo e igualitario en los derechos y deberes de los progenitores (corresponsabilidad parental y maternal) para con los hijos e hijas, así como el reparto de espacios y tiempos equitativos e igualitarios de ambos progenitores para con los hijos tras la ruptura de la pareja. (Morillo, 2009)

Mientras que según otro autor, *“tiene por objeto distribuir el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores en forma distinta a la habitual, con la finalidad de mantener una relación estable”*<sup>21</sup>.

Cada uno de los conceptos antes citados describen de forma clara que el vocablo custodia compartida no se agota únicamente en el reparto equitativo del tiempo que pasan los hijos con los padres, sino que implica que los progenitores compartan los derechos en la toma de decisiones, las responsabilidades y la autoridad en relación con la crianza, cuidado, salud, educación y el bienestar de los hijos, una vez que se ha producido un divorcio.

---

<sup>20</sup> “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL”; (1998); Pág. 504

<sup>21</sup> GONZÁLEZ, Lázaro. “Los menores en el Derecho español – práctica jurídica”; (2002) ; Pág. 235.

Una de las razones que contribuyen para que se establezca la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, es que ambos padres pueden intervenir equilibradamente sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos, al mantener un contacto permanente se evitaría conflictos emocionales en los menores. La custodia compartida, para situaciones como la descrita, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el confort psicológico de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador y protector activo.

La custodia compartida además se fundamenta en el deber y obligación de cada padre y madre, fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido, o cobijo, un niño no puede ser feliz si no se siente amado por uno de sus dos padres.

A pesar de su importancia la custodia compartida en la vida de los hijos, se vuelve una lucha cruel e injusta entre progenitores. En nuestro país, la manera procesal que se sigue, en los casos de divorcio produce un enorme temor en ambos progenitores de perder a los hijos y posteriormente una frustración difícilmente asimilable al sentenciar la ruptura de la familia, no sólo del matrimonio, al dar la custodia o crianza y educación a uno de los progenitores en detrimento de los hijos y del otro progenitor.

Debo señalar que la custodia compartida no significa que el tiempo de estancia con el hijo haya de ser exactamente el tiempo total con cada progenitor, menos aún que el niño haya de desplazarse con la maleta de una casa a otra cada cierto tiempo, sino más bien, es un equilibrio de poder entre dos progenitores y representa una forma de liberar a las mujeres de una parte de la carga que conlleva el cuidado de los hijos.

#### **4.1.4 Análisis del Régimen de visitas.**

En el presente trabajo investigativo es de suma importancia ir entrelazando los elementos jurídicos presentes cuando de tenencia de menores se refiere y uno de ellos es el -régimen de visitas- que lo desarrollaremos a continuación:

En nuestro país el tema de las separaciones de pareja (divorcio o ruptura de unión de hecho) se ha abordado de manera normal, sin considerar la realidad que enfrentan los hijos al observar que sus padres se separan y que cada quién escoge su camino poniéndolos en algunos casos a decidir con quién vivir o con quién quedarse, más aun cuando en nuestra sociedad no existe la cultura de la mediación como alternativa a la resolución de conflictos, llegando así a casos en los que padres o un juez toman la decisión por ellos, ya que nuestro Código de la Niñez y Adolescencia señala que: *“los hijos deben quedarse con uno de los padres cuando se estime conveniente, que generalmente es la madre y el padre queda relegado a un*

*régimen de visitas*<sup>22</sup> establecidas en horario y día determinado convirtiéndose en una condena de dolor y sufrimiento y un trato desigual en nuestra legislación.

Entrando en el tema podemos decir que el derecho de visitas, es el derecho que tiene todo progenitor que no cuenta con la Tenencia de su o sus hijos a contar con visitas regulares, esta garantía la otorga el Juez a favor de uno o ambos progenitores y se traduce en un lapso de tiempo determinado y exclusivo, para que los progenitores compartan sus hijos, a fin de coadyuvar a un mejor desarrollo del niño, niña y adolescente y además, para que asuma su rol de padre o madre según el caso.

#### ***4.1.4.1 Regulación del régimen o derecho de visitas.***

El régimen de visitas siendo una medida que coadyuva la formación integral del niño, requiere de ciertos presupuestos y regulaciones para su aplicación y vigencia es por ello que también hay que recalcar los argumentos que ratifican su uso. Uno de ellos es: el **interés superior del menor**, este principio fue reconocido públicamente y por consecuencia, jurídicamente protegido y es que el interés del menor no puede identificarse únicamente con el bienestar material, supone también el de criarse en el seno de la familia, lo que necesitan es vivir en un entorno en el que sientan que hay amor, tranquilidad, respeto, comprensión; en el que se les escuche, respete y atienda como personas en dependencia de crianza son el de priorizar los

---

22 CORPORACIÓN, E. P. Código de Niñez y Adolescencia. (2003). Art. 122.

intereses y derechos de los menores frente a los de sus progenitores. *“Su desarrollo futuro es una necesidad actual que hay que garantizar: los derechos para el desarrollo, son derechos instrumentales que operan en un doble plano, ya que atienden tanto a los intereses del adulto futuro como del niño actual”*<sup>23</sup>, consecuentemente el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. Implica que *“que el divorcio no puede ni debe alterar la relación paterno filial, pues es un derecho del menor el poder relacionarse de forma plena con sus dos progenitores”*<sup>24</sup>.

De lo expuesto puedo mencionar que el interés del menor, constituye el límite y punto de referencia de la institución del régimen de visitas y de su propia operatividad y eficacia, el interés de los hijos queda mejor protegido a través de un contacto frecuente con sus dos padres, de ahí surge el **principio de la corresponsabilidad parental**, basado en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos, mediante este principio se fomentan las relaciones de familia, en el sentido de que se otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se exista una superioridad jerárquica de uno sobre el otro.

De esta forma, hombres y mujeres son reconocidos como seres libres y autónomos en cuanto a sus decisiones y elecciones como cónyuges, pero

---

<sup>23</sup> RIVERO H., F. *El interés del menor*. (2007). Pág. 57.

<sup>24</sup> DE TORRES P., José M., *Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, (2009), Pág. 232.

no como progenitores, pues el aparato estatal puede intervenir con el objeto de verificar si el ejercicio de la custodia resulta realmente conforme a los intereses del hijo; por ende el **principio de igualdad entre los progenitores**, Este principio se da a fin de garantizar la relación paritaria y simétrica con ambos padres para proteger mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, por tanto, la norma jurídica general debería ser la cotitularidad y el coejercicio de las funciones de cuidado y crianza respecto de los hijos, tanto si los padres viven juntos, como si están separados.

A mi criterio, resulta evidente que el régimen de visitas fomenta el principio de igualdad entre el padre y la madre, especialmente en lo que atañe al ámbito jurídico, pero eso no significa que se tenga que establecer una distribución igualitaria de tiempo en todas las situaciones de separación o divorcio.

**El derecho del hijo a la coparentalidad**, que consiste en garantizar la continuidad de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores no obstante de la crisis familiar, *“precisamente con los regímenes de visitas se quiere preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-filiales de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres”*<sup>25</sup>

El desarrollo de estos principios que rigen la existencia tanto en la custodia compartida, como en el régimen de visitas, han significado un avance

---

<sup>25</sup> LATHROP, Fabiola, “La custodia compartida de los hijos”; (2008), Pág. 370.

trascendental hacia la consecución de un nuevo modelo de convivencia familiar de los hijos de padres divorciados, para así poder lograr su desarrollo, a más que es un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria y justa, que contribuya a seguir brindando la afectividad y el cariño, una vez suscitado el divorcio, de modo que tales principios deben ser aplicados en nuestra legislación civil.

En Código de Niñez y Adolescencia es el órgano rector que regula las relaciones e interacciones de los menores de edad, con la sociedad entre sus padres y con terceros; por ende, es importante señalar lo que dice este cuerpo legal respecto al régimen de visitas.

El régimen de vistas es considerado como un derecho que se tiene que precautelar uso adecuado y se pueda evitar su violación y una movilidad ilegal del menor. De suceder esto, los menores “(...) *tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código*”<sup>26</sup>.

Este mismo cuerpo legal indica la obligatoriedad que tiene el Juez para regular el régimen de visitas al que tendrá acceso el otro progenitor. Al detectarse “(...) *violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el*

---

<sup>26</sup> CORPORACIÓN, E. P. Código de Niñez y Adolescencia. (2003).

*régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia*<sup>27</sup>.

La regulación propiamente dicha del régimen de visitas se establece en el Art. 123 del Código en mención, en donde se manifiesta que “(...) *Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.*”<sup>28</sup>; además se expresa que “(...) Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios.”<sup>29</sup>

#### **4.1.5 Familia.**

##### **4.1.5.1 Etimología**

El origen etimológico de la palabra familia proviene de la voz latina famas que significa hambre, aun cuando se dice que también proviene de la raíz latina famulus equivalente a sirviente o esclavo doméstico, pues en un

---

<sup>27</sup> CORPORACIÓN, E. P. Código de Niñez y Adolescencia. (2003). Art. 122

<sup>28</sup> CORPORACIÓN, E. P. Código de Niñez y Adolescencia. (2003). Art. 123

<sup>29</sup> CORPORACIÓN, E. P. Código de Niñez y Adolescencia. (2003). Art. 123

principio, la familia agrupaba al conjunto de esclavos y criados de propiedad de un sólo hombre.

#### **4.1.5.2 Definición:**

Desde el punto de vista de la Sociología autores como Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni señalan que familia es *“sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad”*<sup>30</sup>.

De la misma manera el autor ecuatoriano Alejandro Martínez Estrada define a la familia como *“Una unidad social en la que el ser humano desarrolla sus talentos, su personalidad, sus sentimientos, capacitándose en general para la vida social, constituyéndose en la primera escuela para la vida”*<sup>31</sup>.

Personalmente estimo que a la familia se la considera como institución socio-jurídica por cuanto es regulada por el ordenamiento jurídico, en el que se establecen o imponen a sus miembros: -cónyuges e hijos- deberes, derechos y obligaciones para el buen desarrollo de la especie y para el progreso mental y cultural e incluso económico de una sociedad. En el interior de la familia los esposos cumplen las obligaciones que la moral y el Derecho les imponen tanto en su condición de casados como su carácter de padres, obligaciones que generan derechos correlativos como son la

---

<sup>30</sup> BOSERT Gustavo y ZANNONI Eduardo, *“Manual de Derecho de Familia”*; (2008). 4ta. Edición. Pág. 5.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ, Alejandro. *“Sociología”*; Primera edición; (2000); Pág. 25.

convivencia diaria, la fidelidad, el socorro y la ayuda que se deben los esposos mutuamente; y, la crianza, la corrección, la educación para con sus hijos y el respeto y la obediencia que los hijos deben a sus progenitores.

Desde una perspectiva jurídica la familia es el *“núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”*<sup>32</sup>, así lo reconoce el artículo 67.

Nuestro Código Civil, en cambio, no la define de manera precisa pero si hace referencia a ella en un centenar de ocasiones, es así que lo hace únicamente para efecto de determinar la extensión de uso y habitación, en el Art. 847 menciona: *“la familia que comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución como los que sobrevienen después”*, asimismo este cuerpo normativo en el Art. 27 se refiere a los parientes de una persona más no conceptualiza el significado de familia.

(Cabanellas, 2001) define a la *familia “por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño (...)”*<sup>33</sup>.

El tratadista (Holguin, 1998) la define a la familia como el *“Conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción”*<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ediciones Legales.- Quito-Ecuador; (2008); Pág. 27.

<sup>33</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Tomo IV; (1997); Pág. 302.

<sup>34</sup> HOLGUIN Juan. “Manual Elemental de Derecho Civil”; Tomo II; (1998); Pág. 10.

De las conceptualizaciones transcritas considero que desde el punto de vista jurídico, la palabra familia tiene dos significados uno en sentido amplio, que comprende a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno, es decir que se hallan unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio, pero actualmente el concepto de familia deriva también de la vida en común de sus miembros, manifestándose bajo signos de estabilidad y notoriedad, es decir, de la que forma la familia de hecho; y la otra acepción en sentido estricto, según el cual se le considera como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz, es decir, que comprende a los padres y a los hijos.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su Art. 16 inciso 3, expresa que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*<sup>35</sup>. La familia es considerada como el elemento natural puesto que la sociedad se vale de esa institución para regular la procreación y educación de los hijos. Si bien es cierto que las leyes de un país deben establecer mecanismos adecuados de control social de esta institución familiar, el Derecho, sin embargo, no regula la totalidad de los aspectos de la familia ya que muchos comportamientos obedecen a concepciones morales, éticas, culturales, costumbres o tradiciones a lo interno de cada familia.

---

<sup>35</sup> Organización de Naciones Unidas ONU, Informe de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, (2005).

No obstante, la familia ha sufrido grandes transformaciones por las innovaciones dentro del campo económico, social, político incluso moral, influenciada por el desarrollo cada vez más cambiante y transformador de las sociedades.

#### **4.1.5.3 Origen y Evolución.**

Primitivamente la familia fue una agrupación de asociación natural en la que la mujer desempeñaba un papel importante, de ahí que autores como Bachofen, Taylor y Lewis H. Morgan en su obra denominada *La Sociedad Primitiva* citada por el autor colombiano Pedro Peña, sustentan que la base de la organización familiar habría sido matriarcal en su origen, la teoría que se fundamentaba en: “a) en los orígenes de la humanidad los seres humanos habrían vivido en promiscuidad sexual (*hetarismo*), a semejanza de los animales, sin normas rectoras en absoluto; b) un comercio de esa naturaleza excluye toda servidumbre de paternidad y la descendencia sólo podría contarse a través de la línea materna; c) en razón de esa circunstancia, las mujeres como madres en su carácter de únicos parientes ciertos de la generación joven llegaron a gozar de cierta preeminencia absoluta debido a la promiscuidad en que vivía el hombre; y d) se llegó a tener en tan valía la promiscuidad sexual, que el paso de ésta a la poligamia se consideraba una transgresión grave de la religión primitiva, transgresión que se debía expiar o cuya tolerancia debía resarcirse con el abandono temporal de la mujer por todos los hombre del grupo”<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> PEÑA M Pedro P., “Familia, religión, Estado”, (1977); Pág. 23.

Fundamentada en la teoría matriarcal, los autores citados señalan que los grupos familiares que surgieron en ese momento fueron: a) *la familia consanguínea* caracterizada por la prohibición de unión sexual entre progenitores, era común sin embargo entre hermanos; *familia punalúa* en la que el incesto era prohibido entre los padres e hijos y entre hermanos, (Engels, 1982) señala que este grupo familiar “*consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco*”<sup>37</sup>, esta situación hizo aparecer el matrimonio por grupos que consistió en que un conjunto de hombres y mujeres podían unirse indistintamente entre sí, sin establecer vínculos de pareja familiar; *familia sindiásmica*, este grupo familiar el hombre vive con una sola mujer pero conserva el derecho de serle infiel no así la mujer, situación que duraba mientras dure la unión de lo contrario su adulterio era castigado cruelmente. En el régimen de matrimonio por grupos, o quizás antes, formabas ya parejas conyugales para un tiempo más o menos largo; el hombre tenía una mujer principal (no puede aún decirse que una favorita) entre sus numerosas y era para ella el esposo principal entre todos los demás, se prohíbe el matrimonio entre parientes consanguíneos, la poligamia básicamente se daba por razones económicas. Es importante señalar que “*el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y después, como antes, los hijos sólo pertenecen a la madre*”<sup>38</sup>, es decir, que desde tiempos remotos la madre era considerada como el la persona indicada para estar al cuidado de los hijos/as; *familia monogámica*, aquí surge la preocupación de procrear hijos de paternidad cierta, con ello

---

<sup>37</sup> ENGELS Federico, “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”; (1982) Pág. 29.

<sup>38</sup> ENGELS Federico, “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado” (1982); Pág. 36.

acrecienta el poder del padre, dando lugar a la teoría patriarcal que he fundamenta en el predominio del hombre; alega (Engels, 1982) *“esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre”*.<sup>39</sup>

La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez de los lazos conyugales y la necesidad de que el hombre puede alcanzar su estabilidad, vínculos que no podían ser disueltos por deseo/voluntad de cualquiera de las partes. La monogamia facilitó el cuidado de los hijos, puesto que la pareja comparte los mismos afectos y atenciones hacia ellos, sin las rivalidades entre los hijos.

En ese momento, el derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo, argumenta el autor (Engels, 1982) *“El hombre empuñó también las riendas en la casa; la mujer se vio degradada, convertida en la servidora, en la esclava de la lujuria del hombre, en un simple instrumento de reproducción”*<sup>40</sup>. Esta situación dio lugar a la teoría patriarcal que como su nombre lo dice, esta teoría sostiene que el padre desde tiempos remotos *“fue el centro de la organización familiar”*<sup>41</sup>, con el desarrollo de la agricultura, trajo consigo ventajas sociales, puesto que obligo a los padres a transmitir a sus hijos las técnicas agrícolas y los conocimientos que habían adquirido a lo largo de su vida.

---

<sup>39</sup> ENGELS Federico, “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado” (1982); Pág. 48.

<sup>40</sup> ENGELS Federico, “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”;(1982); Pág. 44.

<sup>41</sup> MONROY C., Marca G., Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolescencia; (2008); Pág. 20.

Lo expuesto anteriormente, corresponden a la aproximadamente de la evolución humana ya que al salvajismo le corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie por su parte el matrimonio sindiasmico; a la civilización, la monogamia que es la etapa en la que vivimos. Con la familia monógama, se ha constituido la base para la simplificación de las relaciones de consanguinidad y constituye una unidad social más firme y coherente que ninguna otra; en donde la mujer ya no es vista como objeto de comercio o como un ser para la reproducción únicamente, más bien goza de mayor protección y tiene una posición de jerarquía y dignidad en sociedad.

(Engels, 1982) en su obra El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, manifiesta algo rescatable, haciendo mención que los sistemas legislativos de los países civilizados modernos van reconociendo más y más, en primer lugar, que el matrimonio, para tener validez, debe ser un contrato libremente consentido por ambas partes y en segundo lugar, que durante el período de convivencia matrimonial ambas partes deben tener los mismos derechos y los mismos deberes, adicionalmente puedo manifestar que la convivencia entre cónyuges o ex cónyuges debe mantenerse después de que se produzca una separación más aún cuando hay hijos de por medio.

#### **4.1.5.4 Tipos de familia**

Dentro de los tipos de familia puedo establecer los siguientes:

**4.1.5.4.1 La familia nuclear**, derivada del matrimonio heterosexual entre un hombre y una mujer, tradicionalmente es la familia básica cuya base del matrimonio se halla formada por padre, madre e hijo/a;

**4.1.5.4.2 La familia de padres separados**, esto es la familia en la que los padres se niegan a vivir juntos, no son pareja, pero deben seguir cumpliendo a cabalidad con su rol de padres ante los hijos, por muy distantes que estos se encuentren; aun cuando hay que reconocer que por el bien de los hijos se niegan a la relación de pareja, pero no a la paternidad ni maternidad, como la unión de hecho;

**4.1.5.4.3 La familia monoparental**, este tipo de familia se constituye por uno de los padres y sus hijos; esta clase de familia puede tener diversos orígenes:

- 1. Porque los padres se han divorciado**, y los hijos quedan viviendo con uno de ellos, por lo general la madre;
- 2. Por un embarazo precoz**, donde se configura otro tipo de familia, esto es *“la familia de madre soltera”*<sup>42</sup>, quien desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos/as; y como es de conocimiento general, la mujer en la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad, aunque la doctrina señala que, en este tipo de familia, hay que tener presente, que hay distinciones,

---

<sup>42</sup> GARCÍA Falconí José Dr., “Diversos tipos de familia reconocidos en la Constitución”; (2010); Pág. 7.

pues no es lo mismo ser madre soltera, adolescente, joven o adulta. Este tipo de familia como podemos evidenciar, su constitución está dada por la madre que por distintas circunstancias están a cargo de los hijos menores de edad, las madres adolescentes enfrentan un proceso de crecimiento y maduración junto con sus hijos/as, pues considero que las madres adolescentes no tienen el mismo criterio que una madre soltera en edad adulta, por lo que la manera de criar a sus hijos/as va a depender el comportamiento de los menores en el futuro, de ahí que el Estado a través de sus diferentes instituciones deben velar por una educación sexual integral, encaminada a evitar los embarazos en adolescentes.

3. Dentro de la familia mono parental también encontramos la familia constituida *“por el fallecimiento de uno de los cónyuges”*<sup>43</sup>, circunstancia que da lugar a un tipo de familia en donde solo está presente uno de los cónyuges sobrevivientes quien a su vez estará a cargo de los hijos/as.

**4.1.5.4.4 La familia extensa o consanguínea**, se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos;

---

<sup>43</sup> GARCÍA Falconí José Dr., “Diversos tipos de familia reconocidos en la Constitución”; (2010); Pág. 7.

**4.1.5.4.5 La familia homoparental**, esto es el matrimonio entre personas del mismo sexo, mismo que se da en aquellas sociedades en la cual su legislación ya ha reconocido el matrimonio gay;

**4.1.5.4.6 La familia transnacional**, este es un tipo de familia que ha surgido en los últimos tiempos en la que uno de los cónyuges o miembros de la familia ha emigrado de su país de origen a otro, se mantienen vínculos emocionales mediante el uso de tecnologías modernas de la comunicación sea por medio de teléfonos, correo electrónico, video llamada y además los inmigrantes aportan económicamente para la supervivencia diaria de la familia.

Como podemos observar existen varios tipos de familia que el Estado ecuatoriano, a través de la Constitución de la República la reconoce y la protege, es así que el Art. 67 de este cuerpo normativo señala que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, este avance en nuestra Constitución indudablemente obedece a la realidad social en la que vivimos, una sociedad en permanente cambio y evolución.

#### **4.1.6 Menores de Edad.**

El Código Civil en el Art. 21 respecto de la clasificación de las personas según edad establece: *“Llámesese infante o niño el que no ha cumplido siete años, impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no*

*ha cumplido doce, adulto el que ha dejado de ser impúber, mayor de edad o simplemente mayor el que ha cumplido dieciocho años y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”<sup>44</sup>.*

Es importante que jurídicamente se haga una diferenciación entre las personas por la edad ya que de esto depende la vigencia a su favor de una serie de deberes, derechos y responsabilidades, los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana y la base estratégica de su desarrollo, garantiza su inclusión social, participación en las acciones que son de su interés y de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez, les otorga prioridad absoluta en las políticas de desarrollo y el disfrute pleno de sus derechos.

Según el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia vigente en nuestro país, indica que *“Niña o Niño es la persona que no ha cumplido los doce años de edad y Adolescente es la persona de ambos sexos entre los doce y los dieciocho años”<sup>45</sup>.*

El Código de la Niñez y Adolescencia, es la Ley especial que rige a los niños, niñas y adolescentes, en este cuerpo normativo, de acuerdo a lo establecido, reconoce a los menores como sujetos de derechos, este reconocimiento permite determinar derechos que son los atributos que tienen los niños, niñas y adolescentes como seres humanos, atributos que

---

<sup>44</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones; (2008); Pág. 7.

<sup>45</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; Corporación de Estudios y Publicaciones; (2008); Pág. 1.

configuran su dignidad, los derechos de este grupo vulnerable no pueden ser divididos y tienen que ser ejercidos interrelacionada mente.

De la misma manera, el Diccionario Ilustrado en la Lengua Española define a la adolescencia como la *“fase de desarrollo psicofisiológico que comienza hacia los doce años, con la aparición de una serie de modificaciones morfológicas y fisiológicas, que caracterizan a la pubertad”*<sup>46</sup>.

De acuerdo a lo señalado en las definiciones citadas, debo indicar que nuestra legislación tanto civil como en la Ley Especial no coincide en cuanto al establecimiento de la edad de los niños o niñas, por cuanto mientras la primera señala que son las personas que no cumplen siete años, el Código de la Niñez señala que son quienes no han cumplido doce años; de la misma forma en cuanto a la edad de los adolescentes son las personas mayores de los catorce años y menor de los dieciocho.

Esta diferenciación reviste de gran importancia, en el ámbito civil es importante esta diferenciación ya que de esto depende la validez de ciertos actos jurídicos según la capacidad para obligarse, dar, hacer o no hacer algo, mientras que en el campo penal esta diferenciación tiene que ver más con la imputabilidad de las personas.

Al considerar al niño, niña y adolescente como el futuro de las sociedades presentes es importante que este crezca o se desarrolle en un ambiente

---

<sup>46</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Tomo I; Edición XX; (2001); Pág. 30.

familiar sano lleno de principios y valores que lo encaminen a ser un ente productivo y útil a la sociedad, de lo contrario será difícil que el adolescente víctima de maltrato se abra paso a un buen futuro dentro del medio social y por el contrario su destino sea el de dedicarse a cometer actos delictivos.

## **4.2 MARCO JURÍDICO RESPECTO A LAS RELACIONES FAMILIARES ENTRE PADRES E HIJOS LUEGO DE PRODUCIDO UN DIVORCIO.**

### **4.2.1 Marco Jurídico Nacional.**

La primera escuela donde aprenden los niños, niñas y adolescentes es el hogar. Serán los padres quienes se encarguen de inculcar al individuo los primeros conocimientos básicos sobre los valores como la ética, moral, respeto, amor, amistad, etc. Cuando un niño o niña es querido, aceptado, escuchado y respetado, este va a aprender a escuchar y respetar, va a fortalecer su autoestima, va a tener mayores grados de seguridad para plantear sus puntos de vista y en general será una niña o niño afectivo y sin temores en la relación con quienes lo rodean.

Sin embargo, es necesario tener presente que no todos los hogares duran para siempre, que muchos hogares tienen problemas y que se debe buscar que estos inconvenientes no afecten a los hijos inclusive aun después de una separación.

Al ser los hijos, especialmente los menores de edad, parte de este importante del núcleo de la sociedad, la misma Constitución de la

República del Ecuador respecto de niños, niñas y adolescentes en el Art. 44 establece que: *“El Estado, (...) asegurará 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 el 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 efectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”*<sup>47</sup>.

La norma constitucional cataloga a los menores dentro de los llamados grupos vulnerables, es por esto que da prioridad al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes no solo de parte del Estado, sino también con apoyo de la sociedad, la escuela y por su puesto la Familia, lo que conlleva a que todo programa estatal, escolar o familiar debe estar dirigido a educar en los hogares a los padres, hijos y demás personas que constituyen el núcleo familiar, con la finalidad primordial de garantizar a los menores una educación con valores y principios éticos que les servirán para su desarrollo en la sociedad, con la finalidad de prevenir al menor de edad este se convierta en un ente potencialmente peligroso inmerso en actos ilícitos.

---

<sup>47</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; (2009); Art. 44. Pág. 14.

Pero la estabilidad del menor no sólo debe ser vista desde el punto de vista físico, sino por el contrario debe fortalecer el aspecto psicológico, al respecto el Art. 45 de la Constitución garantiza este derecho determina que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen el 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 nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

*“El Estado garantizará su libertad, de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”<sup>48</sup>.*

De conformidad con el precepto transcrito, se establece que el Estado se convierte en el primer responsable de la correcta aplicación de los derechos del menor, esto sin duda alguna con la plena ayuda de los

---

<sup>48</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; (2008) Ley Cit. Art. 45. Pág. 14.

progenitores principalmente, ya que el menor de edad como toda persona goza de todos los derechos y se podría decir hasta más al estar inmerso de los llamados grupos vulnerables, es por esto que es necesario que el trabajo en beneficio de este sector de la población esté más enfocado en hogares separados, familias en las que a los menores ya no es posible garantizarles de cierta forma una familia, pero aún hay como asegurarles algo de convivencia familiar, ya que estos hogares separados en donde la responsabilidad del cuidado ha sido confiada a un solo progenitor son los primeros en irrespetar los derechos del menor, no en el sentido del maltrato o agresión, sino también en el aspecto de privarles de crecer junto al progenitor que no está su lado, privarles de ciertas experiencias que sola la convivencia con los progenitores hace posible; estos y otros inconvenientes vulneran derechos del menor, lo que a la larga desemboca en una serie de conductas que no son propias de una persona que ha desarrollado sus talentos en beneficio de la sociedad.

Ahora bien, respecto a lo que acabo de mencionar es necesario indicar que dentro del marco constitucional, se ha contemplado el compromiso tanto de padres así como del Estado, es así que los numerales 1, 4 y 5 del Art. 69 indica que:

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; (...)*

4. *El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; y,*
5. *El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos*<sup>49</sup>

En base a lo transcrito, se evidencia que es objetivo esencial del Estado promover y vigilar la responsabilidad y el cumplimiento de las obligaciones paternas y maternas tanto antes, durante y después de la concepción. Esta atención estatal debe ser aún mucho más específica cuando se presentan hogares separados a fin de garantizarles a los hijos menores la plena vigencia de sus derechos y así también verificará el cumplimiento de los deberes de los hijos respecto de sus padres.

Ahora bien, la problemática de este trabajo radica en la custodia de los menores cuando sus padres se separan, respecto a este tema el Código Civil concretamente nos indica que la situación de la permanencia de los menores en caso de divorcio consensual o contencioso se la tomará previo a dictar la separación conyugal en una audiencia.

---

<sup>49</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; (2008) Ley Cit; Art. 69; Pág. 18.

Es así que el Art. 108 del Código Civil señala que: *“En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma cómo deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos”*<sup>50</sup>

Vemos que la “situación de los menores” únicamente se refiere a aspectos de tenencia de los hijos y a cuestiones económica, los mismos que incluso en caso de controversia debe probarse la preferencia, es decir la tenencia del menor al final de este proceso resulta como el premio a la “constancia” en el litigio. Se deja a un lado aspectos muchos más importantes para el pleno desenvolvimiento de los hijos como son las fiestas familiares, cumpleaños, compromisos sociales que requieren de la familia y otros más, todos estos factores lo que hacen es fortalecer la relación y los lazos entre padres e hijos, los mismos que de ninguna forma pueden verse afectados por la separación de los padres, situación que actualmente es evidente, cuando los menores se ven envueltos en disputas relacionadas con el tiempo a pasar con la persona que fue favorecido con la tenencia de los hijos, por cuestiones de pensiones alimenticias atrasadas que conllevan incluso apremio personal, e incluso

---

<sup>50</sup> CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones; (2013); Art. 108 inciso segundo; Pág. 23.

se ven envueltos en despreocupación del padre que no tiene la tenencia y que ve esta situación como algo positivo para él o ella, ya que se preocupa solo de la cuestión económica y deja a un lado otros más importantes como el bienestar psicológico y físico u otros como conservación, cuidado, alimento y educación de los hijos. Aspectos que generan angustias en el menor al ver que pese a la separación de sus padres muchos problemas se han agravado.

Es preciso indicar que muchas de las veces la participación de los padres separados en el crecimiento de los hijos se ve empañada por egoísmos o rencores existentes en la persona que ha conservado la custodia de los menores; ya que ve como una forma de desquite o venganza el privar a sus hijos a su es cónyuge lo que evidentemente se contrapone a lo establecido en el Art. 272 del Código Civil que claramente indica que *“No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes”*<sup>51</sup>. Aspectos como este no es posible dilucidar ante el juez que conoció del divorcio, ya que las resoluciones respecto del menor se las toma muy a la ligera y no permite tratar algo que se ha vuelto muy peleado entre padres que se ven privados del crecimiento de sus hijo y que denominan como custodia compartida, es decir, son personas que quieren ser partícipes del quehacer de sus hijos, padres que han visto como una resolución judicial les ha restringido el acceso a

---

<sup>51</sup> CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones; (2013); Pág. 53.

sus hijos a ciertos días y a ciertas horas y a pasarles una cierta cantidad de dinero. Estos aspectos son válidos para que se incorporen en nuestra legislación y así evitar que los hijos de hogares separados crezcan sin una figura paterna o materna.

#### **4.2.2 Marco Jurídico Comparado.**

Las legislaciones de otros países difieren sustancialmente de la legislación de nuestro país en cuanto se refiere a la custodia compartida, tal es el caso de los siguientes países:

##### **4.2.2.1 Legislación Colombiana.**

En cuanto tiene que ver a la familia, la legislación colombiana la permite desde su Constitución Política, ya que en su Art. 5 indica que *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*<sup>52</sup>, es decir el Estado colombiano respalda totalmente a la familia ya que considera que este grupo humano es la base fundamental de la sociedad.

Con los antecedentes expuestos me atrevo a manifestar que el Estado colombiano busca por cualquier forma, que el niño, niña o adolescente se desarrolle en un ambiente sano para ellos, donde no exista ningún tipo de abuso, abandono o descuido en sus necesidades, procurando que en

---

<sup>52</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, (1991); Pág. 110.

todo momento se les garantice desde el mismo seno del hogar sus derechos que les asiste. En lo concerniente a la situación de los menores la encontramos en el Código Civil colombiano, específicamente en el Título VII denominado Del Divorcio y la separación de cuerpos, sus causas y efectos Parágrafo Primero llamado Del Divorcio; el mismo que al respecto dice: *“sin perjuicio de lo que disponga el juez en la sentencia, respecto de la custodia y ejercicio de la patria potestad, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados se reglarán por las disposiciones contenidas en los títulos XII y XIV del libro I del Código Civil”*<sup>53</sup>. Estos títulos se refieren el primero a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos; mientras que el segundo es respecto de la Patria Potestad.

En lo referente a derechos y obligaciones recíprocos entre padres e hijos, el Código Civil colombiano al respecto nos indica que toca de común acuerdo, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Es decir, considero que este artículo presupone que debe haber un acuerdo previo entre los padres de cómo se va a llevar adelante el crecimiento de los hijos, situación que considero importante a fin de evitar inconvenientes a futuro respecto a la crianza de los hijos. Lo que he mencionado tiene relación con lo dispuesto en el Art. 264 el cual menciona que *“Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del*

---

<sup>53</sup> CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA., (1997); Pág. 54.

*modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento”<sup>54</sup>*

Otro punto que considero importante y que menciona el Código Civil colombiano es lo que tiene que ver con las visitas, al respecto el Art. 256 nos indica: *“Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”<sup>55</sup>*. Considero que este artículo es importante desde el punto de vista de evitar arrebatos de venganza o desquite entre los padres, ya que el padre que tiene la custodia de un menor está obligado a respetar el horario de visitas que judicialmente se haya previsto, esto a fin de precautelar y se fortalezca la relación padres- hijos. Como punto de cierre se acota que la legislación colombiana considero importante citar el Código de la Infancia y Adolescencia vigente en Colombia, cuerpo legal que tiene como finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Al respecto el Art. 14 del citado cuerpo legal sobre la responsabilidad parental nos indica que: La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además la

---

<sup>54</sup> CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA., (1997); Pág. 57.

<sup>55</sup> CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA; (1997); Pág. 59.

obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

*En consecuencia “(...) En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”<sup>56</sup>*

#### **4.2.2.2 Legislación Peruana.**

En Perú, la Constitución vigente respecto a la familia se refiere en pocas palabras, al respecto este cuerpo legal en su artículo 4 establece que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”<sup>57</sup>*. Este artículo, únicamente se refiere a la familia y al matrimonio como bases sobre la cual se construye y desarrolla la ciudad. Esta constitución considero un poco restrictiva en el sentido de que solo el matrimonio crea la familia, ya que deja a un lado ideas como el de la unión libre que también construye un hogar y por ende una familia y que también se constituye en pilar de la sociedad.

---

<sup>56</sup> CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA; (2003).

<sup>57</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, (1992); Pág. 31

El resto de normas contenidas en la Constitución peruana únicamente se hace referencia a la familia como condición para la aplicación de derechos, como es el caso de una remuneración justa que atienda las necesidades de la familia; derecho a acceso a la salud que atienda íntegramente a la familia etc.

En lo que respecta a leyes especiales, específicamente al divorcio y a la situación de los menores después de la separación matrimonial las tenemos en el Código Civil peruano. Este cuerpo legal respecto a la familia y su regulación legal, en su Art. 233 nos indica que *“La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”*<sup>58</sup>, es decir esta disposición busca justificar la necesaria regulación mediante acto legislativo de todo lo concerniente a la familia, no solo por las normas y principios constitucionales, sino por el hecho de que al ser base de la sociedad, la familia debe tener sus reglas claras a fin de que se desarrolle con total plenitud.

En primer lugar, este artículo enuncia un conjunto de obligaciones de padres a hijos que tienen directa relación con el derecho alimentario (sostenimiento y educación) y con un deber moral inherente a la condición de padre o madre (protección y sostenimiento). El

---

<sup>58</sup> CÓDIGO CIVIL DE PERÚ., 1991; Art. 233

incumplimiento de estos deberes tiene consecuencias en el ejercicio de la patria potestad, la cual, según sea el caso, puede quedar suspendida o inclusive llegar a perderse.

El artículo 235 del citado cuerpo legal nos indica que es obligación de los padres el proveer por igual al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Este artículo enuncia un conjunto de obligaciones de padres a hijos que tienen directa relación con el derecho alimentario (sostenimiento y educación) y con un deber moral inherente a la condición de padre o madre (protección y sostenimiento). El incumplimiento de estos deberes tiene consecuencias en el ejercicio de la patria potestad, la cual, según sea el caso, puede quedar suspendida o inclusive llegar a perderse. No está por demás indicar que al antes citado artículo guarda relación con lo dispuesto en el art. 287 que dice *“Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos”*<sup>59</sup>. El deber de alimentar y educar a los hijos forma parte de las obligaciones que corresponden a los padres. Incumbe al padre y a la madre del hijo, independientemente del hecho de que sean casados o no. En efecto, la deuda nace en el momento en que se establece el vínculo de la filiación y tiene el mismo fundamento tanto en la filiación matrimonial como en la filiación extramatrimonial. En suma, la obligación de alimentar y educar a

---

<sup>59</sup>CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, (1991); Art. 287

los hijos es un efecto del establecimiento de la paternidad y de la maternidad.

Ahora bien, respecto al tema del divorcio y la situación de los menores, el Código Civil peruano tiene dos formas de separación: la separación de cuerpos y el divorcio como tal.

La primera se refiere a una separación corporal, a una separación que no implica algún tipo de desvinculación matrimonial, sino únicamente esto significa que uno de los cónyuges abandona el hogar por un tiempo indefinido. En lo que se refiere al divorcio es la misma noción que nuestra legislación.

En lo relativo a la situación de los menores tanto cuando se produce la separación de cuerpos así como el divorcio, se aplican las mismas reglas las cuales encontramos en el Art. 340 que nos indica que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos

menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

Sin embargo, es necesaria hacer una aclaración previa, la cual es que en caso de la separación convencional, el régimen de la patria potestad será regulado por el convenio firmado por ambos cónyuges misma que será presentada con la demanda y el juez únicamente aprueba el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden (Art. 345 Código Civil peruano); por lo que el texto analizado anteriormente desarrolla el tema de la patria potestad para el caso de la separación de cuerpos o divorcio por causales específicas, regulando los efectos de la eminente separación en relación a los hijos comunes de los cónyuges a separarse; es aquí donde el juez puede decidir sobre el régimen de la patria potestad, visitas pensión alimenticia, etc., eso sí velando en un primer momento por el interés superior del niño, niña o adolescente.

El legislador peruano ha existido cierto proteccionismo respecto a los hijos menores de edad; por cuanto si bien en un primer momento entrega la custodia al progenitor que propuso la separación, también deja abierta la posibilidad de que este sea entregado al otro progenitor, es decir, tiene presente que es lo mejor para el menor, eso sí, disponiendo de las

medidas que considere necesario para no romper definitivamente los lazos familiares y procurando la integración entre los miembros del hogar afectado por la separación de cuerpo o divorcio y de esta forma evitar problemas conyugales que pudieran existir entre los cónyuges y asegurando a los hijos la protección que requieren.

Inclusive es necesario indicar que el Art. 340 tiene relación con el Art. 341 del Código Civil que establece *“En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos”*<sup>60</sup>. Esta norma tiene la finalidad de otorgar al juez, como representante del Estado, el rol protector de los miembros de la familia más débiles o desprotegidos, los hijos. Es así que el legislador otorga al juez las herramientas necesarias para poder brindar el bienestar de los mismos y protegerlos; es así que el legislador cree necesario facultar al juez para que ante la presencia de hechos que afecten el bienestar de los hijos y ante la solicitud de los padres, los hermanos mayores o, incluso, del consejo de familia, para que modifique lo resuelto, siempre bajo la existencia de hechos nuevos y que signifique un beneficio para los hijos. En este caso nos encontramos frente a la posibilidad que el padre “vencido” en un proceso de separación y que se vea privado de su hijo, pueda solicitar se arbitren nuevas medidas que garanticen la unión entre el hijo y el progenitor, es decir se

---

<sup>60</sup>CÓDIGO CIVIL DE PERÚ., (1991). Art. 341.

podrían disponer de medidas que a larga conduzcan a lo que se conoce como custodia compartida.

Es importante se tomen algunos elementos de esta legislación que favorecían a que exista custodia compartida en nuestro país, como es el caso de que un juez pueda dictaminar nuevas condiciones bajo las cuales se llevara adelante la relación entre los hijos y el progenitor que no tiene la custodia, ya que de esta forma se está logrando fortificar las relaciones entre los miembros del hogar. La separación no constituye ninguna pérdida de responsabilidad con los hijos, por el contrario, debe haber un mayor interés para que el niño, niña o adolescentes crezca como una persona productiva para la sociedad.

#### ***4.2.2.3 Legislación Venezolana.***

En la normativa venezolana, como norma fundamental tenemos que referirnos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la misma que en el capítulo referente al régimen familiar se incluyen los siguientes preceptos:

En el Art.193 prevé que: El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El

Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

*“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional”<sup>61</sup>.* Esto significa que ambos progenitores se encuentren en igualdad de condiciones respecto a ellos y por lo tanto con las mismas obligaciones en lo que concierne a la formación de los hijos; además, que el Estado asume un carácter proteccionista respecto a la familia y por ende de los hijos que componen dicha estructura.

Del mismo modo, en el artículo 78 se establece que Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad

---

<sup>61</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, (2002)

absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. De esto se colige que los menores sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes con relación a sus progenitores y a las demás personas, inclusive dándoles la oportunidad de defender y reclamar.

De igual forma, en el Art. 196 se señala que, en casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Asimismo, se prevé que los acuerdos o proposiciones que realicen los progenitores pueden aceptarse por la autoridad judicial siempre que no atenten contra dicho interés. Así, pues, se debe procurar encontrar un punto de equilibrio entre la satisfacción del interés moral y material del menor en situaciones de crisis familiares, bien sea por acuerdo entre progenitores o en sede judicial.

Igualmente, el Art.197 establece que la autoridad de los progenitores, así como la tutela, debe tomar en cuenta el interés de los de los menores, en concordancia con los intereses de la familia y de la sociedad. De ello, se puede colegir que, en una situación de separación o divorcio, se tiene

que preponderar en satisfacer el interés del menor sin dejar de lado los intereses de los progenitores.

Todas estas garantías, específicamente respecto del divorcio por las encontramos en el Código Civil venezolano el mismo que indica que en caso de divorcio respecto de los hijos menores, preventivamente y mientras dure el juicio que *“(...) el cuidado se dará a uno solo de los cónyuges y señalar alimentos a los mismos: también podrá, si lo creyera conveniente, según las circunstancias, poner a los menores en poder de terceras personas; en todos los casos hará asegurar el pago de la pensión alimentaria de los hijos y establecerá el régimen de visitas en beneficio del cónyuge a quien no se haya atribuido la guarda”*<sup>62</sup>.

Una vez finalizado el juicio de divorcio y este se haya fundamentado en alguna de las causales previstas para el caso en los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 185, el cónyuge que haya incurrido en ellas quedará privado de la patria potestad sobre sus hijos menores. En este caso la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor.

En los demás casos, la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos no produce la privación de la patria potestad. El Juez, en la sentencia de divorcio, decidirá en interés del menor, la atribución de la guarda a uno de los progenitores, en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo

---

<sup>62</sup> CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, 2002. Art. 197.

también confiarlas a terceras personas aptas para ejercerla. La guarda de los hijos menores de siete (7) años será ejercida por la madre, salvo que, por graves motivos, el Juez competente tome otra providencia.

El cónyuge a quien no se ha atribuido la guarda, conserva las demás facultades inherentes a la patria potestad y las ejercerá conjuntamente con el otro. El Juez de terminará, en la sentencia definitiva el régimen de visitas para el progenitor a quien no se haya atribuido la patria potestad, así como también el monto de la pensión alimentaria que el mismo progenitor deberá suministrar a los menores y hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas por la Ley; así mismo el cónyuge a quien sea confiada los hijos, el padre o la madre conservarán el derecho de vigilar su educación.

Este artículo considero más explícito respecto a las obligaciones de los progenitores en caso de separación, ya que les faculta para que aun pese a estar separados sigan manteniendo los derechos y obligaciones que la patria potestad les confiere y de esta forma se permite un mayor involucramiento en el crecimiento del menor. Considero que normas más explícitas como el caso venezolano favorecerían a nuestra legislación para comenzar a hacer efectiva la llamada custodia compartida.

Además, es importante realzar la validez de este Código puesto que así, existe mayor probabilidad de que la protección de sus derechos se

encuentre garantizados, en ese sentido, apropiadamente se afirma que es aconsejable no limitarse al plano constitucional, que si bien es cierto se constituye en la norma fundamental- sino extender su desarrollo a un marco legislativo posterior específico

### **4.3. MARCO DOCTRINARIO.**

#### **4.3.1 Descripción de la problemática.**

La Constitución de la República del Ecuador, como norma fundamental dentro del territorio ecuatoriano, reconoce una serie de derechos, obligaciones y responsabilidades respecto de la familia, por tanto al ser la Constitución una norma de carácter general, nuestras autoridades tienen la responsabilidad de dictar las normas secundarias para poder viabilizar los mandatos de la Constitución, en este sentido es que estas normas secundarias deben prever todo aspecto que brinde beneficio o perjuicio y estudiar las perspectivas a futuro y predecir cualquier inconveniente.

En el caso de nuestro país, el Código Civil vigente respecto del divorcio y la situación de los menores es muy amplia y no permite tutelar de manera efectiva el interés superior del niño, por el contrario nuestra legislación civil imposibilita que los padres divorciados compartan la custodia de los hijos, inclusive dando paso a que los menores se conviertan en propiedad del progenitor que mantiene la custodia, utilizándolo a los hijos como medio de chantaje para recibir alimentos o algún tipo de prebenda a

cambio de dejar que el menor compartir con el progenitor que no tiene la custodia.

El vacío legal respecto a la custodia, está radicado en el hecho de que no se establece norma alguna en nuestra legislación civil que permita que ambos progenitores participen activamente en el crecimiento de los menores cuando están separados, vacío que no solo afecta al padre que no tiene la custodia al privársele de ver como quisiera a su hijo, sino también que repercute en el desarrollo principalmente psicológico y espiritual del menor, ya que es fundamental en su crecimiento contar con una figura materna o paterna, según sea el caso, que le permita fortalecer ciertas actitudes y destrezas que solo a edad temprana se lo puede hacer.

Los beneficios son muchos, pero sin duda alguna el hecho de que ambos padres se mantengan como guardadores, es decir, que ambos continúan criando activamente hace que ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos. Además de que se reconoce la idoneidad de cada uno de los padres y se lo considera útil en el ejercicio de su rol como progenitor.

Hay que recalcar la importancia para favorecer a que los padres puedan disponer de su tiempo libre para la organización de su vida personal y

profesional. No queda sólo uno de ellos con toda la carga de la crianza, alienado y sin tiempo para otras cosas.

Respecto de los hijos, los beneficios para ellos son también apreciables, como es el caso de que la convivencia con los padres va a ser igualitaria. No hay padres periféricos. Los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y se beneficia al observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos. Además, en caso de nuevos compromisos de sus progenitores la inclusión a estos nuevos grupos hace que los niños se sientan parte integrante de cada nueva familia, enriqueciéndose muchas veces con las presencias de nuevos cónyuges y nuevos hermanos.

No obstante, lo más importante de la custodia compartida es que los niños pueden ver el modelo de roles parentales. Los niños aprenden a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante acuerdos en vez de litigios, a respetarse entre géneros, etc.

Todas y cada una de estas situaciones no son posibles con nuestra legislación civil vigente, nuestros jueces sujetándose a la norma, únicamente se encargan de fijar una pensión de alimentos y un horario de visitas dejando a un lado otras situaciones importantes para el desarrollo de los hijos, descuidando otros aspectos como los antes enumerados, lo que en si se convierte en un problema.

### 4.3.2 Bienes jurídicos lesionados

Según la Constitución de nuestro país en su Art. 3, numeral 1 menciona que es deber primordial del Estado *“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”*<sup>63</sup>, artículo que guardan relación con lo contemplado en el Art. 277 numeral 1 de nuestra Constitución que menciona que para alcanzar el buen vivir es deber del Estado *“Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza”*<sup>64</sup>; artículos de los que se desprende que es deber del Estado crear los modos, organismos o leyes necesarias para vigilar el cumplimiento de sus deberes y la tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador, por cuanto, las personas solo podemos obrar en cuanto nos está permitido en la ley.

En el caso de nuestro país, los hijos de parejas divorciadas son menos estimulados educativamente, tienen menos atención de sus padres, baja ejecutoria académica y motivacional, mayores problemas económicos, por lo que se hace imprescindible que el tiempo que los niños pasen con sus padres sea mayor y así se evita que los hijos se enfrenten solos a los problemas económicos y residenciales que ocurren después del divorcio. De lo expuesto puedo acotar que uno de los bienes jurídicos lesionados, es el referente a tener una vida digna, ya que el ser humano por

---

<sup>63</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2008). Art. 3; Pág. 8.

<sup>64</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2008). Art. 277; Pág. 237.

naturaleza siempre aspira a lograr un mejor estilo de vida y en el presente caso el estilo de vida no se refiere al aspecto material o económico; sino que es importante que los hijos lleven una vida psicológica sana, tranquila, sin conflictos, todo lo contrario, a esto y causa malestar a los menores, con el consecuente desmejoramiento en la calidad de vida.

Esto tiene estrecha relación con el derecho que tenemos las personas a la integridad personal, dentro de lo cual encontramos el derecho a la integridad física y psíquica; ya que es primordial para la persona y su desarrollo tener la paz y la tranquilidad necesaria para desenvolverse en sus actividades. Al no existir en nuestra legislación la custodia compartida se crea en algunos hogares separados tensiones, rencores, venganzas todo lo cual lleva a una vida llena de intranquilidad, angustias tanto de padres e hijos por conocer sobre la situación del otro, situación que sería remediable si tan solo nuestra legislación diera la libertad al juez que conoce el asunto del divorcio, que pueda discernir en beneficio del menor, es decir, velar por el interés superior del niño, niña o adolescente y así se determine que es lo mejor para este y como sus padres van a seguir participando en su crecimiento.

#### **4.3.3 La custodia compartida como elemento para hacer efectivos los derechos del menor.**

En el Derecho Romano, las relaciones entre padres e hijos se caracterizaban porque la autoridad paterna imponía una condición de

absolutista, autoritaria y llena de fuerza, imponiendo incluso tartos inhumanos sobre los hijos, con el devenir de la sociedad se modificaron las costumbres, se impusieron leyes para proteger a los menores, otorgándoles un carácter proteccionista y actualmente las relaciones entre padres-hijos tienen ese carácter, sobre todo cuando son menores de edad. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de la custodia compartida permitirá que los hijos de padres divorciados logren un mejor desarrollo de la personalidad, de tal manera que pueda ir labrándose su futuro y consecuentemente se logrará una participación y adaptación de los niños en la sociedad.

La custodia compartida se configura como un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria, al que no se puede ni debe renunciar. *“Un derecho que nace de la familia y no del matrimonio; lo que supone que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la crisis conyugal deben ser iguales a los que se tenían con anterioridad”*<sup>65</sup>.

Como afirma el autor español Antonio Pérez: *“la custodia conjunta o compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales: por una*

---

<sup>65</sup> TAMAYO HAYA, Silvia “La custodia compartida como alternativa legal” (2007), Pág. 669.

*parte, el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores, de acuerdo con la Carta de los Derechos del Niño; y por otro, el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos”,<sup>66</sup> según se indica en el Código Civil. Lo importante es la común implicación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos.*

Compartir la custodia de un hijo no significa que se repartirá el tiempo que el niño pasa con cada uno de sus padres al 50% exacto (...) ni tampoco que irá alternando sus viviendas. Este concepto sólo quiere decir que las decisiones del día a día no serán exclusivamente asunto de uno de ellos. Pero sobre todo *“la custodia compartida implica que el menor verá garantizado su derecho a relacionarse por igual con sus dos progenitores”<sup>67</sup>.*

El establecimiento de la custodia compartida permite ante todo que los progenitores compartan las decisiones que son inherentes a la formación y desarrollo de sus hijos, ello implica que *“parte de que el tiempo anual del menor se debe distribuir entre ambos progenitores equitativamente, esto incluye los periodos lectivos y vacacionales, los días entre semana y los fines de semana, las fiestas y los días laborables”<sup>68</sup>.*

Finalmente soy partidaria de emplear el término custodia compartida, en detrimento de un régimen de visitas o patria potestad. El separar al hijo de

---

<sup>66</sup> PÉREZ M., Antonio J, “Guarda o custodia conjunta o compartida, Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos”; Vol.1; 1ª Edición; (2007); Pág. 35.

<sup>67</sup> BANDERA, M., “Custodia Compartida”; (2005); Pág. 17.

<sup>68</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”. (2004); Pág. 93.

uno de sus padres al concederle la patria potestad o un régimen de visitas, implica someterlo a una especie de semiorfandad que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable. Personalmente considero que no debemos hacer a nuestros hijos sufrir por nuestra rusticidad e incapacidad de conciliación; apuesto por la custodia compartida como el mejor reflejo del interés del menor. Sin duda, esta forma de distribuir el cuidado y convivencia con los hijos constituye una innovación que ha venido produciéndose en todo nuestro entorno cultural dentro de la evolución social de las relaciones paternas filiales.

#### **4.3.4 Criterios a tener en cuenta para adoptar la medida de custodia compartida.**

La custodia compartida es aconsejable cuando concurren varios factores, entre los que se incluyen los siguientes:

- 1.- La edad de los hijos. - Los problemas o inconvenientes observados en los hijos que se encuentran en régimen de custodia compartida de los padres son, sobre todo, la sobrecarga de tener que vivir en dos hogares, la confusión y la ansiedad que les producen la anticipación de los cambios.

Aunque el problema principal es el de su adaptación a los cambios de residencia y a los estilos de vida propios de cada hogar, si los padres adoptan unos estilos de convivencia similares, como, por ejemplo, hora de

acostarse, normas de comida o de televisión, etc., probablemente disminuirá esa preocupación.

2.- Buenas relaciones entre los progenitores. - Como ya he manifestado, la custodia compartida o conjunta se basa en el concepto de coparentalidad, es decir, igual implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos.

*“Por tanto la custodia compartida requiere respeto mutuo, armonía y colaboración entre los ex cónyuges para que puedan resolver las cuestiones relacionadas con sus hijos sin demasiados conflictos.*

*Y que cada uno de los cónyuges perciba al otro como competente e importante para los hijos<sup>69</sup>.*

Los padres más satisfechos con la custodia compartida son aquellos que ya antes de la separación tenían unas relaciones positivas en relación a la crianza de los hijos.

3.- Horario de los progenitores, a fin de determinar si son compatibles y en qué medida con el tiempo libre de sus hijos.

4.- Lugar de residencia de ambos progenitores.- Siendo evidente, que si residen en localidades muy lejanas o en países distintos, difícilmente se

---

<sup>69</sup> ROSALES L., Miguel Ángel, Custodia Compartida, (2005), Pág. 5.

puede establecer esa guarda y custodia compartida, debiéndose ir en su caso o un régimen de visitas especial.

5.- Disponibilidad de ambos progenitores de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos.

6.- El tiempo libre o de vacaciones, que en nuestro país tienen los menores.

7.- Que ambos progenitores, pidan la custodia compartida.

La custodia compartida va a permitir una convivencia bajo lazos de afectividad y seguridad, no solo con los padres que el Juez no les concedió la custodia sino con la familia del padre/madre que no lo tienen bajo la figura de la custodia, ello generará que el menor se desenvuelva en un ambiente de amor y comprensión y permitirá desarrollarse física y psicológicamente, de ahí que se debe reformar la Ley Civil y determinarse los criterios y aspectos antes señalados para ser incluidos en la reforma de tal manera que se haga efectivo los derechos de los menores.

*“En consecuencia, la custodia compartida se desaconseja:*

- *Cuando algunos de los progenitores se muestran incapaz de cuidar de los hijos;*
- *El mantenimiento de relaciones hostiles entre los progenitores;*
- *El rechazo expreso de ese acuerdo por parte de alguno de los cónyuges;*

- *Cuando se trata de niños muy pequeños, con problemas emocionales o que están siendo manipulados por los padres.*
- *El excesivo distanciamiento geográfico.*<sup>70</sup>.

La custodia compartida, si bien tiene sus beneficios tampoco puede ser una imposición para los hijos a quienes por diferentes circunstancias dígase maltrato o violencia intrafamiliar no desee mantener una relación con el padre/madre, de ahí que previamente el Juez puede valerse de peritajes o informes psicosociales que le permitan mantener una visión clara respecto que si la custodia puede ser o no compartida, respetando siempre los derechos de la niñez y la adolescencia y de la necesidad que tienen los hijos de padres divorciados a mantener un contacto con el padre/madre divorciados así como del resto de sus familiares con quienes mantienen relaciones afectivas como abuelos, tíos, primos, etc.

#### **4.4 Análisis de casos**

Para el presente trabajo de tesis se ha considerado el análisis de dos casos que tienen relevancia y relación con la tenencia y régimen de visitas de menores:

##### **4.4.1 CASO Nro.1: UNIDAD JUDIACIAL ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON LOJA.**

##### **Juicio Nro. 01694-2015**

---

<sup>70</sup> ROSALES L., Miguel Ángel, "Custodia Compartida". (2005) Pág. 11.

**Actora:** Karla Vanessa Tituana Castillo

**Demandado:** Wagner Roberto Cueva González

**Clase de Juicio:** Contencioso General (Régimen de visitas)

**Cuantía:** Indeterminada

**ANTECEDENTES:** Se identifica que la autora y demandado son padres de tres menores involucrados. Además, que producto de problemas conyugales y violencia intrafamiliar, se encuentran separados y que además el padre en algunas ocasiones se ha llevado de forma arbitraria y sin previo aviso a los menores, generando angustia y preocupación a la progenitora. Además, la madre manifiesta, que su afán NO ES NEGAR REGIMEN DE VISITAS, sino más bien que se respete lo señalado por la autoridad y que se cuente con un previo aviso.

**DESARROLLO:** La demanda REGIMEN DE VISITAS la fundamenta en los Arts. 9, 11, 14, 17, 18, 21, 22, 122, 123, 124 y 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Uno. - COMPETENCIA. Se declara el juez competente para conocer la causa basándose en los artículos 233 y 234 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Dos. - DEBIDO PROCESO. Se ha cumplido con todas las diligencias y solemnidades sustanciales y cumplimiento de los derechos constitucionales

de las partes por lo que se declara valido en su conjunto con todo lo actuado.

Tres. - LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES. Los litigantes son padres identificados en el proceso por ende son legitimados para el ejercicio de regulación de visitas de los menores.

Cuatro. - ACUERDO. En la audiencia de conciliación, se prioriza el trato del caso como asunto de derechos humanos, más que como un litigio jurídico, primando el interés superior de los menores por sobre cualquier otra consideración. Fijando para el efecto: Los días **sábados y domingos de 10h00 a 18h00** y **cada quince días solamente el día sábado en el mismo horario; y todos los días viernes de 14h00 hasta las 18h00**. El padre tendrá que retirarlos y devolverlos en el domicilio de la madre.

Cinco. - ANÁLISIS DE LAS CONSTANCIAS PROCESALES Y MOTIVACION JURÍDICA. Constitución de la Republica. Art. 44, 45; La convención de los Derechos del Niño, Art. 3, numeral 2; La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores: “El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un periodo limitado, a un lugar diferente al de su residencia habitual”; El Código de Niñez y Adolescencia. Art. 21, establece como uno de los derechos de supervivencia, el derecho a conocer a los progenitores y a mantener relaciones con ellos, además el mismo Código en el Art. 122 y 123, establece el procedimiento a seguir para la

regulación del régimen de visitas, y a la circunstancia de haber llegado a un acuerdo el Art. 106, numeral 1 prescribe: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija”.

El régimen de visitas ha fijado mediante acuerdo y no se ha planteado la posibilidad de escuchar a los menores, en vista de su corta edad.

RESOLUCION.- Sobre la fundamentación expuesta aceptando el acuerdo de las partes se establece régimen de visitas en la forma que consta en el considerando CUATRO entre el padre WAGNER ROBERTO CUEVA GONZALEZ y sus hijos WAGNER EMANUEL, IVANNOVA DEL ROCIO Y URIEL ALEJANDRO CUEVA.- Durante este periodo los menores estarán bajo el cuidado y protección de su padre , quien además debe retirarlos y entregarlos en casa de su madre de forma personal, teniendo las precauciones necesarias especialmente en el caso de la hija menor.- Además se dispone lo siguiente: 1. Que la Oficina Técnica , haga un seguimiento periódico del régimen de visitas e informe sobre sus resultados, al menos por los tres primeros meses en informe en caso de presentarse actos que pongan en riesgo la integridad de los menores ; 2. Disponer un periodo de Terapia Familiar a fin de que los menores y los padres puedan sobrellevar el estado actual separación, para lo cual se dispone que el Equipo Técnico del MIES, colabore en esta labor, e informe de su cumplimiento; para el efecto se remitirá las comunicaciones del caso; 3. Conminar a los padres a respetar el acuerdo arribado, respetarse

mutuamente y no involucrar a sus hijos en sus problemas personales.-  
HÁGASE SABER.-

f) PARDO TORRES NORMAN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL TERCERA  
DE LA FAMILIA DE LOJA

#### **4.4.2 CASO Nro.2: UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON LOJA.**

**Juicio Nro. 6234-2014**

**Actora:** Ximena Alejandra Maldonado Tapia

**Demandado:** Walter Mauricio Espinoza Bravo

**Clase de Juicio:** Especial

**Cuantía:** Indeterminada

**ANTECEDENTES:** Se identifica que la autora y demandado han contraído matrimonio civil, y con la que tiene una hija en común que responde a los nombres de GIA MONZERRATT ESPINOZA MALDONADO, de 3 años de edad. En el presente caso existe procuradora judicial de la señora Ximena Alejandra Maldonado Tapia, la misma que responde a los nombres de Dr. LUCIA BERNARDA HURTADO FLORES, **divorcio por mutuo consentimiento**. A la menor se le dispone curador ad-liten a la señora MARIANA DE JESUS BRAVO ONTANEDA. Trascurrido dos meses previsto por el Art. 108 del Código Civil, son convocados en la audiencia de

conciliación. Al persistir el deseo de divorciarse, las partes de viva voz y de consumo expresa su voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial que les une y dejan resuelta la situación de la menor de edad en lo relativo a la tenencia, régimen de visitas y alimentos.

**DESARROLLO:**

PRIMERO. - La competencia del juez competente para conocer la causa basándose en los artículos 234 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO. - La causa se tramita en legal y debida forma, observando las reglas del juicio especial de divorcio por mutuo consentimiento previsto en los Arts.107 y 108 del Código Civil.

TERCERO. - Sobre los litigantes la partida de matrimonio acredita la existencia de vínculo matrimonial.

CUARTO. - Con la partida de nacimiento se concluye que la menor es hija de los involucrados.

QUINTO.- El Art. 115 del Código Civil dice que: “para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimentación y educación de los mismos.”, para el cumplimiento de tales

efectos, las partes en la Audiencia de Conciliación han acordado de mutuo, sobre la tenencia, régimen de visitas y pensión alimenticia a favor de la menor.

SEXTO.- Se hace énfasis en el poder especial conferido por la demandante a su abogada, por medio del Agente Consular del Ecuador en Madrid, España, del cual se desprende la facultad legal para promover la siguiente acción.

SENTENCIA.- Por lo expuesto, el suscrito Juez de la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta la demanda y por mutuo consentimiento se declara disuelto, por divorcio, el vínculo matrimonial existente entre XIMENA ALEJANDRA MALDONADO TAPIA y WALTER MAURICIO ESPINOZA BRAVO, matrimonio celebrado el 30 de octubre de 2010, en la parroquia El Sagrario, ciudad, cantón y provincia de Loja, constante con número de registro Tomo 3ro. Pág. 374, Acta 1126, del libro de inscripciones de matrimonio del registro civil de Loja del año 2010.-  
TENENCIA.- En cuanto a la menor, hija común de las partes procesales GIA MONZERRAT ESPINOZA MALDONADO, queda bajo la tenencia, protección, y cuidado de su señor padre WALTER MAURICIO ESPINOZA BRAVO, ya que se ha dicho su progenitora se encuentra temporalmente

residiendo en el exterior.- REGIMEN DE VISITAS.- En atención al derecho a mantener relaciones afectivas, permanentes, personales y regulares con ambos progenitores, que el Estado ecuatoriano reconoce a todas las personas, niños, niñas y adolescentes, establecido en los artículos 44 y 45 de la constitución, y que los recogen los artículos 21, 22 de conformidad con lo previsto en el artículo 122 del código de la Niñez y Adolescencia; y, artículo 9 de la convención de los Derechos del Niño, la madre de la menor podrá visitar a su hija en forma abierta, régimen cuyo único requisito es el dialogo entre las partes, basado en el respeto y consideración mutua, sobreponiendo sus intereses a los intereses superiores de su hija.- ALIMENTOS.- Se fija la pensión alimenticia que deberá cancelar XIMENA ALEJANDRA MALDONADO TAPIA a favor de su hija GIA MONZERRAT ESPINOZA MALDONADO en la cantidad mensual de NOVENTA Y DOS DOLARES CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS (\$92,48), más los beneficios de ley, equivalentes al 27,2% del salario básico unificado del trabajador en general del año 2014.- Pensiones que se pagaran por mensualidades anticipadas dentro de los primeros cinco días de cada mes, y serán depositados en la cuenta del Banco de Guayaquil que mantiene esta unidad judicial para que retire WALTER MAURICIO ESPINOZA BRAVO o en la cuenta que este indique para que la obligación proceda a realizar las transferencias o pagos únicamente por pensiones alimenticias.- la pensión alimenticia correrá desde la fecha en que se ejecutorié esta sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial y para lo posterior, ya que las partes en la audiencia de conciliación manifiestan que no existe valor alguno

adeudado por concepto de pensiones alimenticias, ya que estos se han venido proveyendo en forma regular.- SUSCRIPCION REGISTRO CIVIL.- Ejecutoriado este fallo, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Civil, suscríbese al margen de la partida de matrimonio Registro Tomo 3ro. Pág. 374, Acta 1126, del Libro de Inscripciones de Matrimonio del Registro Civil de Loja o quien hiciere sus veces. - El señor actuario confiere copias certificadas que fueren necesarias para los interesados. - HAGASE SABER. –

f) SAMANIEGO MUÑOZ LUIS ERASMO JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA TERCERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANT

**ANÁLISIS:** Esta por más explicado que en ambos casos se pone sobre manifiesto el derecho superior del menor para poder tener acceso a las visitas de sus progenitores por los medios más idóneos, en el primer caso se lo ve por mutuo acuerdo y en el segundo caso se deja la posibilidad abierta a la madre, y sobre ello siempre primará el derecho superior del niño al crecimiento integral en ambiente sano y con la interacción de sus padres. En estos dos casos, no existe mayor inconveniente puesto que hay de por medio un acuerdo claramente establecido en las audiencias de conciliación para realizar el régimen de visitas, lo que no se plantea en la resolución ni en la sentencia, respectivamente, es: ¿Qué pasaría con los progenitores si no cumplen dicha resolución y sentencia judicial? Esta pregunta es la que tiene

que llamarnos a la reflexión y la toma de medidas jurídicas que puedan quedar esclarecidas a las partes, si ellos de forma arbitraria y al margen de las disposiciones y en franca agresión a los acuerdos, incumplen lo pactado. Así vemos que, desde el inicio de la posible solución, no se advierte de las consecuencias que acarree dicho incumplimiento.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1 Métodos.**

En el proceso de investigación socio-jurídico es preciso indicar que me vinculé de manera directa con el objeto de estudio, conjugando a la vez la teoría con la práctica y relacionando el acopio científico extraído de las fuentes bibliográficas, así como de las fuentes empíricas. Fue válido el uso del método inductivo el mismo que me permitió realizar las abstracciones y generalizaciones sobre el objeto de mi estudio para formular las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

### **5.2 Procedimientos.**

Para alcanzar un óptimo desarrollo metodológico de la presente tesis empleé los procedimientos como la observación, el análisis y la síntesis que se constituyen en procesos lógicos y sistemáticos que me permitieron obtener un conocimiento verás, auxiliándome también de técnicas de acopio como el fichaje bibliográfico o documental como fueron libros, leyes, documentales y revistas socio-jurídicas, que me sirvió como elemento fundamental para la elaboración del marco conceptual, jurídico y doctrinario.

### **5.3. Técnicas.**

En la investigación de campo realice consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, la encuesta fue aplicada a treinta abogados/as en libre ejercicio profesional a efecto de obtener su percepción

jurídica sobre el problema planteado; de la misma manera, la entrevista la realicé a los cuatro Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, quienes por estar inmersos y en contacto directo con el Derecho de Familia son las personas idóneas para brindar una adecuada información; así como también la entrevista la apliqué a cinco padres que actualmente se encuentran viviendo esta situación, estas técnicas fueron aplicadas mediante la formulación de preguntas de significativa vinculación con los objetivos e hipótesis de tal modo que pueda recabar sus impresiones respecto al problema.

## **6. RESULTADOS**

### **6.1. Resultados de Encuestas**

#### **Presentación de la técnica**

Conforme lo previsto en mi proyecto de investigación utilicé la técnica de la encuesta, en el número de treinta encuestados a igual número de abogados y abogadas en libre ejercicio profesional, con un contenido de siete preguntas relacionadas directamente con la problemática de estudio y cuyo modelo se encuentra anexado en la parte final del presente trabajo, a fin de cumplir con los objetivos y contrastar la hipótesis planteada en mi proyecto de investigación jurídica.

He considerado oportuno utilizar cuadros estadísticos y gráficos que permitan visualizar de mejor forma los resultados obtenidos, para luego realizar su análisis e interpretación.

## CUESTIONARIO

**Pregunta Nro. 1**

**¿Conoce Usted qué es la tenencia de menores?**

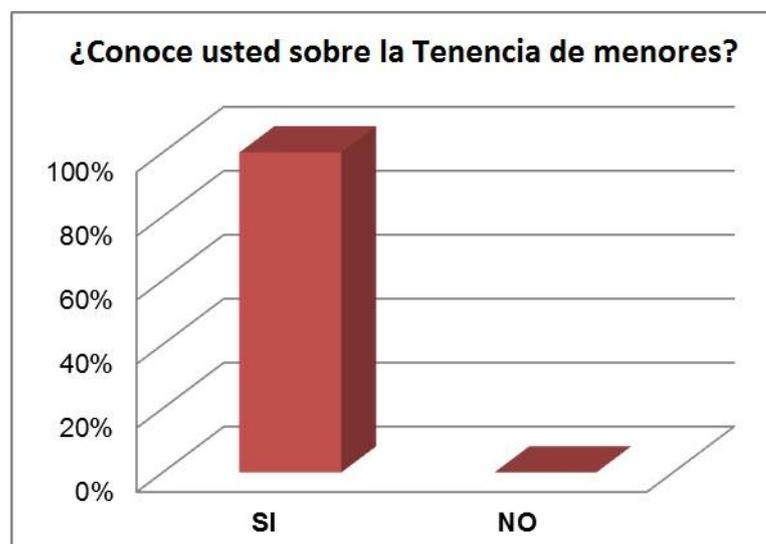
**Respuesta:**

**Cuadro Nro. 1**

Tenencia de Menores

<b>INDICADORES</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Conocida	30	100%
Desconocida	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Gráfico Nro. 1**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara

### **Análisis:**

De las treinta profesionales del Derecho encuestadas que en su totalidad equivalen al 100%, consideran que, si conoce a que se refiere la tenencia de menores, manifestando que es el derecho, obligación y responsabilidad que el padre y la madre tienen de cuidar, criar de sus hijos, de brindarles protección, tutela y de lo necesario para su crecimiento de manera equilibrada, en igualdad de derechos y condiciones aún después de que produzca un divorcio.

### **Interpretación:**

Del análisis a la primera interrogante, coincido plenamente con la respuesta emitida por los encuestados pues la tenencia, es aquel deber que tienen ambos progenitores al criar, educar, contribuir con el pleno desarrollo de los menores procreados dentro de un matrimonio, consiste en distribuir el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores en forma distinta a la habitual, con el afán de que se continúe manteniendo una relación estable y familiar de padres a hijos.

### **Pregunta Nro. 2**

**¿Estima Usted que la falta de contacto entre los hijos y uno de los padres divorciados repercute en el desenvolvimiento físico y psicológico de los menores?**

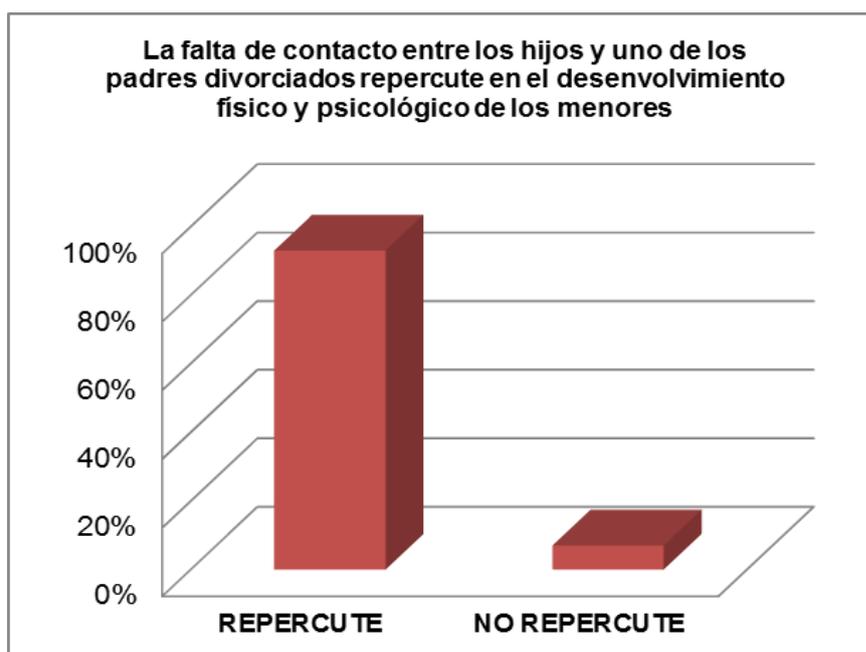
### **Respuesta**

## **Cuadro Nro. 2**

Falta de contacto con unos de los padres

<b>INDICADORES</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Repercute en el desenvolvimiento del menor	28	93%
No repercute en el desenvolvimiento del menor	2	7%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

## **Gráfico Nro. 2**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara.

### **Análisis:**

En la segunda interrogante se puede observar un marcado antagonismo en las múltiples respuestas obtenidas, puesto que de los treinta profesionales

encuestados, veintiocho de los encuestados, que representan un 93%, coinciden con criterio afirmativo, que la falta de contacto entre uno de los padres con los hijos repercute en el desenvolvimiento físico y psicológico de los menores, lo que da lugar a que se rompan todas las relaciones de convivencia familiar existentes hasta ese momento en el hogar.

Por otra parte, dos de los encuestados que corresponden al 7%, opinan que dicho divorcio no repercute para nada en el desarrollo físico y psicológico de los hijos.

### **Interpretación:**

Tomando como base las respuestas que anteceden, puedo manifestar que la falta de contacto de los hijos con uno de sus progenitores al producirse un divorcio, los más afectados son los hijos generando en ellos una inseguridad, baja autoestima y la vulneración a sus derechos como el de vivir en un ambiente familiar, el derecho a su desarrollo integral, el de una familia digna inclusive.

### **Pregunta Nro. 3**

**¿Cuál de los siguientes problemas cree Usted que se presenta en los hijos de hogares divorciados que pierden contacto con el padre o madre que no tiene la custodia de ellos?**

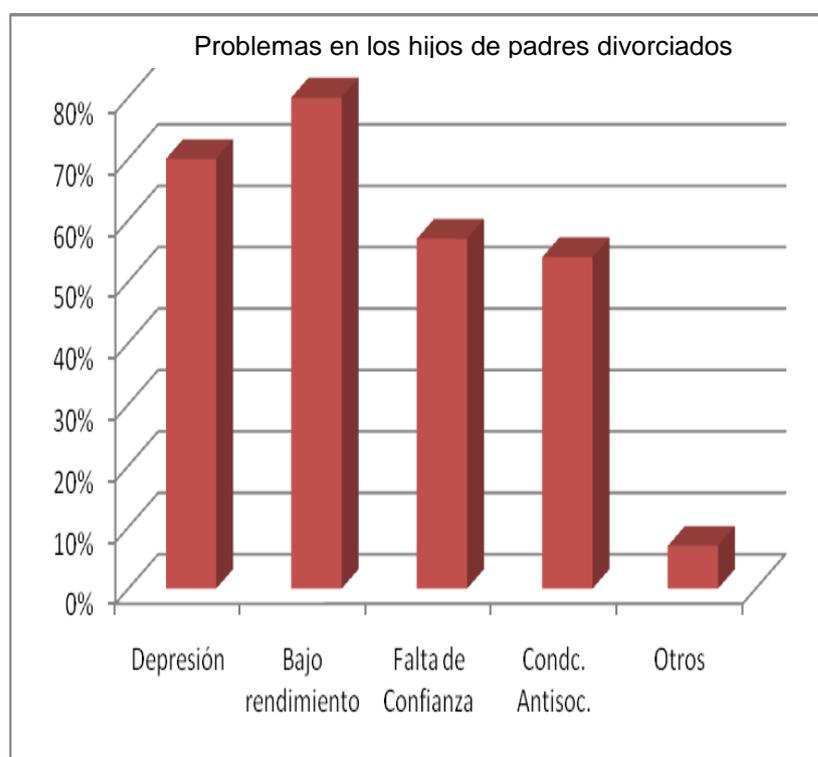
### **Respuesta:**

**Cuadro Nro. 3**

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Depresión	21	70%
Bajo rendimiento académico	24	80%
Falta de confianza en sí mismos	17	57%
Conductas Antisociales	16	53%
Otros	2	7%

Problemas en los hijos de padres divorciados

**Gráfico Nro. 3**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara

### **Análisis:**

En cuanto a esta interrogante, primeramente debo indicar que esta pregunta presenta algunas alternativas de respuesta algunos encuestados optaron por escoger algunas variables; y, los resultados en esta pregunta se presentan en base a cada variable como el cien por ciento.

De las treinta personas encuestadas, 21 que equivale al 70%, manifestaron que la depresión es un problema que se da cuando los hijos han perdido el contacto con uno de sus padres, de estas mismas treinta personas, 24 de los encuestados que representa un 80%, manifestó que los hijos de padres divorciados presentan un bajo rendimiento académico; 17 de las treinta encuestados que arroja un 57%, indicaron que la falta de confianza es la consecuencia de que los padres divorciados no les brinden atención, 16 encuestados que corresponde al 53% indican que la falta de convivencia entre padres e hijos da lugar a que los hijos se vean inmersos en conductas antisociales, finalmente dos encuestados que representan el 7%, establecen que otras son las consecuencias de un hogar divorciado en el que los hijos pierden el contacto con el padre o madre, e indican con consecuencias los suicidios y la falta de amor.

### **Interpretación:**

Por lo expuesto y con el gran aporte de los encuestados, deduzco que la falta de contacto entre los hijos y uno de sus progenitores tiene diferentes aristas puesto que no todos los hijos de padres divorciados pueden asimilar

de la misma manera la separación de sus padres, ello da lugar a que los menores presenten problemas en sus vida cotidiana que como manifiestan los encuestados pueden ir desde una depresión hasta en el peor de los casos al suicidio; situación que no es sentido por algunos padres; y, por el contrario si existe el interés en algunos de evitar este tipo de situaciones, buscando estar junto a ellos y evitando que sus hijos padezcan de algún problema, situación que no es facilitada por nuestra legislación e incluso esto se convierte en una herramienta de chantaje del padre o madre que tiene la custodia a cambio de ciertos “favores” especialmente de tipo económico.

#### **Pregunta Nro.4**

**¿Cree usted que la actual situación legal en la quedan los menores después de un divorcio es suficiente para asegurar un buen desenvolvimiento de las niñas, niños y adolescentes en un medio social en desarrollo?**

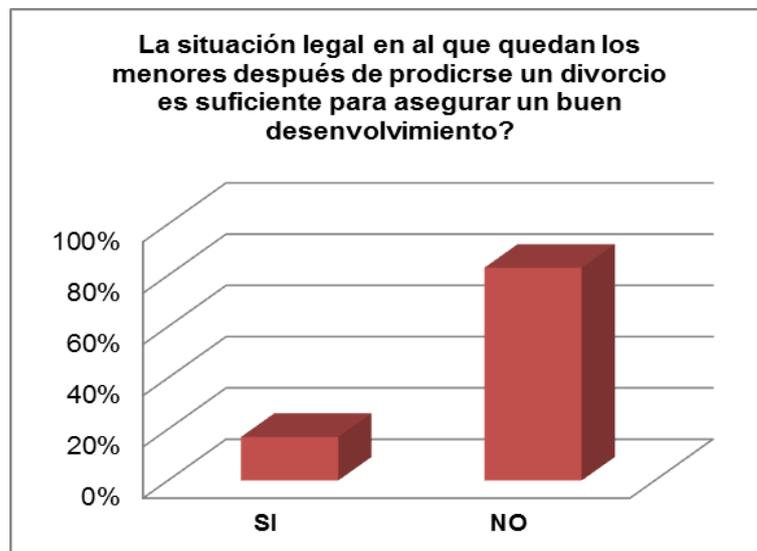
#### **Respuesta**

#### **Cuadro Nro. 4**

Situación legal en la que quedan los menores después de producido un divorcio es suficiente para asegurar un buen desenvolvimiento

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	5	17%
NO	25	83%
<b>TOTAL</b>	30	100%

#### **Gráfico Nro. 4**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara

#### **Análisis:**

De los treinta profesionales del Derecho encuestados, veinticinco de ellos que equivalen al 83%, han sabido manifestar que la custodia de la manera establecida por la legislación más se preocupa de lo económico, más no de lo afectivo.

En tanto que los cinco profesionales restantes que corresponden al 17%, manifiestan que la actual situación legal si es suficiente para lograr el buen desarrollo, de las niñas, niños y adolescentes por cuanto las decisiones tomadas por los jueces, no son decisiones en firme ya que pueden cambiar conforme a las circunstancias.

#### **Interpretación:**

La normativa nacional vigente en nuestro país respecto de los menores - hijos de padres divorciados- se encuentran al margen de una ley que a mi

parecer no responde a las necesidades de los menores por cuanto para que ello se desarrollen completamente necesitan del amor y la atención de sus padres no sólo de uno de ellos, en los casos en que el divorcio se vuelva una mecanismo de liberación pero de los padres más no de los hijos, ellos son los más afectados en todo sentido y el Juez únicamente aplica lo establecido en la Ley.

#### **Pregunta Nro. 5**

**¿Considera usted que se lesiona ciertos derechos constitucionales tanto de los hijos como de los padres cuando se priva a uno de estos últimos una participación activa en el crecimiento de sus hijos?**

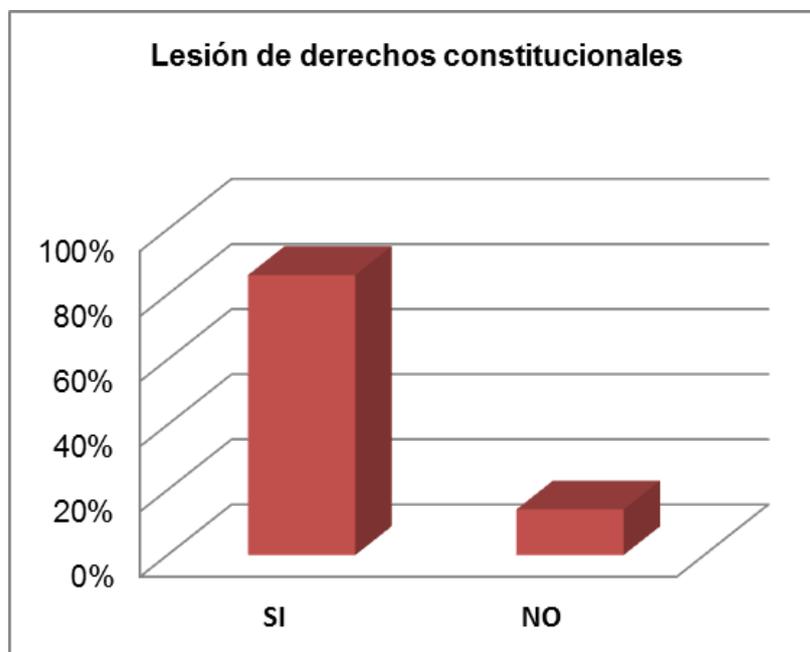
#### **Respuesta**

#### **Cuadro Nro. 5**

Lesión de ciertos derechos constitucionales de los hijos como de los padres cuando se priva a uno de estos últimos una participación activa en el crecimiento de sus hijos.

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	26	86%
NO	4	14%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Gráfico Nro. 5**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara

**Análisis:**

De los treinta encuestados veintiséis que equivalen al 86%, indican que al privar a los padres de la crianza y desarrollo activo de los hijos, tanto al padre como a ellos si se lesiona los derechos constitucionales, como es la educación, a vivir en un ambiente sano y equilibrado, a tener una familia y disfrutar de la convivencia y familiar y comunitaria.

En tanto que los cuatro que representa el 14% manifiestan que no se les vulnera ningún derecho por cuanto el padre como la madre tiene el derecho a velar por sus hijos.

### **Interpretación:**

Personalmente coincido con la opinión expresada por los profesionales del Derecho encuestados, por cuanto si se les vulneran derechos constitucionales como es el de una familia, el derecho a la integridad personal sea como padres o hijos, a una vida digna, el derecho de que los padres participen del desarrollo integral de sus hijos, el derecho de vivir en un entorno familiar de afectividad y seguridad.

### **Pregunta Nro.6**

**¿Cree Usted que existe insuficiencia jurídica respecto a la tenencia y revocatoria de los hijos después de un divorcio?**

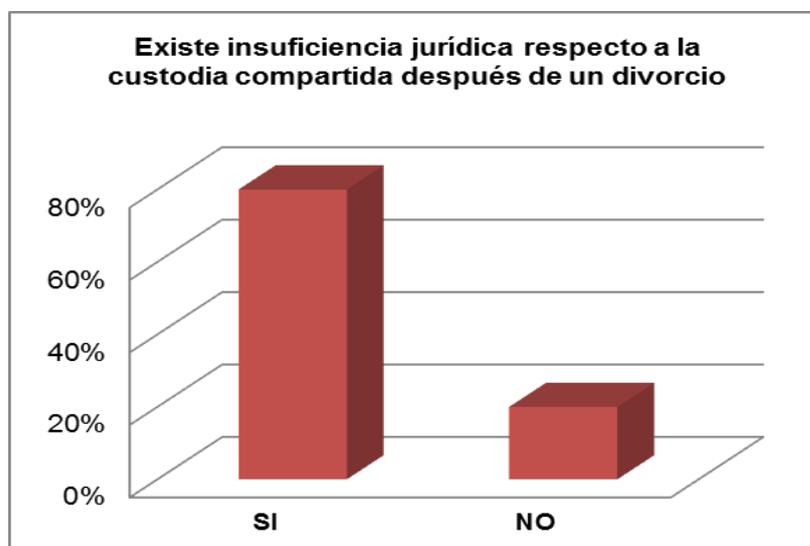
### **Respuesta**

#### **Cuadro Nro. 6**

Insuficiencia jurídica respecto a la custodia de los hijos después de un divorcio

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	24	80%
NO	6	20%
<b>TOTAL</b>	30	100%

**Gráfico Nro. 6**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara

**Análisis:**

De los treinta profesionales del Derecho encuestados, veinticuatro de ellos que equivalen al 80% se manifestaron que si existe insuficiencia jurídica, respecto a la custodia de los hijos indicando que la Ley está muy parcializada a favor de la madre. En tanto que los seis encuestados que equivalen al 20%, indican que está claramente definida en la normativa del Estado.

**Interpretación:**

El devenir de la sociedad dado lugar a que las leyes que rigen un país vaya actualizándose de acuerdo a las necesidades que de ella se deriven, en el caso de la custodia de los hijos al producirse un divorcio, por muchos años ha sido relegada a un segundo plano, no ha sido tomado en cuenta por parte

del legislador, de ahí que las normas que actualmente se debaten en el Estado son las relacionadas con aumentar las penas para los menores infractores, más no se han dedicado a ver las raíces del problema que de la forma planteada en mi trabajo investigativo, es por la falta de atención y de contacto entre los hijos y uno de los progenitores lo que da lugar a que los menores se encuentren inmersos en diferentes actuaciones ilícitas, de ahí que es importante que se legisle y se trabaje sobre las causas no en las consecuencias.

#### **Pregunta Nro. 7**

**¿Considera Usted necesario que se implante la tenencia y revocatoria compartida en el Código Civil para dar mayor protección a los niños por sus padres?**

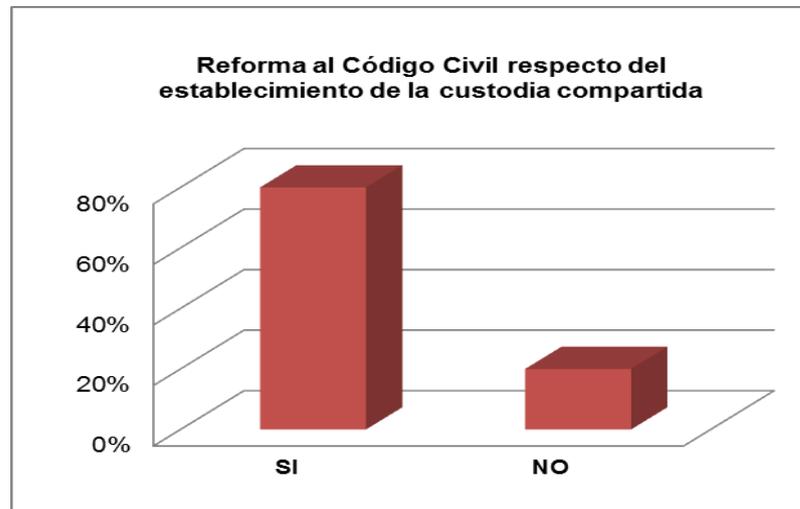
#### **Respuesta**

#### **Cuadro Nro. 7**

Reforma el Código Civil respecto del establecimiento de la custodia compartida

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	24	80%
NO	6	20%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

### **Gráfico Nro. 7**



**Fuente:** Profesionales del Derecho.

**Investigadora:** Rocío Villavicencio Guevara

#### **Análisis:**

De los treinta encuestados, veinticuatro de los profesionales del Derecho que equivalen al 80% manifiestan que si es necesario que se reforme el Código Civil ya que debe ir de acuerdo a lo que establece la Constitución de la República y que el cuidado de los hijos es deber de ambos padres. En tanto que seis encuestados que equivalen al 20% establecen que la normativa está clara y es suficiente.

#### **Interpretación:**

Examinando los resultados obtenidos en esta pregunta, puedo establecer que la gran mayoría coincide en la necesidad de que se reforme nuestro Código Civil, ya que al producirse el divorcio las madres son a quienes el Juez les otorga el cuidado de sus hijos, mientras que los padres se quedan reducidos a un régimen de visitas que la ley les otorga de acuerdo al Art. 286 del Código Civil.

## **6.2 Resultados de las Entrevistas.**

De conformidad con el plan de investigación jurídica aprobada por la autoridad académica, apliqué cuatro entrevistas a jueces de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de esta ciudad, y a cinco padres que actualmente se encuentran atravesando por este inconveniente, obteniendo respuestas objetivas y concretas que me ayudaron para el presente trabajo.

Las entrevistas las realicé, con un interrogatorio de cinco preguntas abiertas en forma directa con el uso de un instrumento de grabación y en un proceso interlocutorio, cuyas preguntas y respuestas se describen, analizan y las presento a continuación:

### **Preguntas a jueces de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja**

#### **Cuestionario**

##### **Primera pregunta:**

**¿Conoce usted qué es tenencia y revocatoria compartida?**

##### **Respuestas:**

De los entrevistados, el Dr. J.S., que comprende sector judicial, manifiestan que si conocen que es custodia compartida, indicando que es la responsabilidad del padre y la madre sobre los derechos de los menores, el Dr. G.A., manifestó que esta figura no está contemplada en el Código Civil,

el Dr. A.C. indica conocer que es custodia compartida pero extiende su análisis, mientras que el entrevistado Dr. V.B., expresó su desconocimiento sobre esta figura, pero que deduce que es aquella mediante se le concede la tenencia de uno o más niños o adolescentes la comparten los progenitores en tiempos iguales.

**Comentario:**

Las respuestas emitidas por los funcionarios judiciales, coincido con la dada por tres de ellos, puesto que la custodia compartida es aquella mediante la cual los dos progenitores tienen el derecho y deber de cuidar, criar y ser partícipe activo en el desarrollo de sus hijos, más aún cuando los padres llegan a divorciarse.

**Segunda Pregunta:**

**¿Según su experiencia profesional, y considerando la Constitución nos garantiza el derecho a la familia, a tener una vida digna y a que ésta vida sea íntegra en el sentido físico y psicológico, estima conveniente que se mejore la situación de la tenencia de los hijos después de un divorcio?**

**Respuestas:**

En esta interrogante el grupo de funcionarios judiciales, el Dr. J.S. señala que si es pertinente que se trabaje por mejorar los derechos de los menores, contenidos en el Art. 44 de la Constitución para ello se deben crear algunas instituciones y las ya existentes como el Consejo Cantonal de la Niñez y

Adolescencia debe cumplir su función, el Dr. G.A., indicó que los derechos de más menores con irrenunciables y mayormente la Constitución de la República protege al menor ya que goza las garantías concedidas a este grupo vulnerable, el Dr. V.B., señala que actualmente nuestra legislación necesita una reforma orientadora a introducir medidas coercitivas y o sanciones al progenitor que incumple con el régimen de visitas que le imponga el Juez. Por su parte el Dr. A.C. ante esta pregunta contesta afirmativamente sin argumentar su respuesta.

**Comentario:**

Con lo que respecto a las repuestas emitidas por los entrevistados coincido con estas opiniones ya que si bien los menores son sujetos de derechos por ello deberían emitirse las leyes que permitan el pleno ejercicio de aquellos, con la anexión de la custodia compartida en nuestro Código Civil ayudaría para que las relaciones de los hijos con los padres continúen con armonía y afectividad, ello sin duda contribuirá para que el menores se desenvuelva en un ambiente de confianza y seguridad.

**Tercera Pregunta**

**¿Según su experiencia, cuales considera usted que son principales problemas que se derivan de la actual legislación respecto de la tenencia de los hijos después de un divorcio?**

**Respuestas:**

De los cuatro entrevistados el Dr. G.A. manifestó que los hijos por lo regular siempre quedan con la madre y muy rara vez se llega a un acuerdo para

compartir la obligación, por su parte el Dr. J. S. explica que existe un trato inequitativo respecto de las condiciones en los que sea de otorgar la custodia y que siempre existen problemas, en tanto que el Dr. A. C. explica que falta de entendimiento y comprensión de sus progenitores da lugar a que no se ejerza la custodia, así como de sus parientes más cercanos abuelos, así mismo el Dr. V.B. manifestó que la falta de medidas y sanciones se derivan en el incumplimiento del régimen de visitas que a él, indica también que a los menores se los disputan sus progenitores, cuál si fueran trofeos, lo cual obviamente influye en su desarrollo integral.

**Comentario:**

La tenencia compartida en nuestro país en una figura jurídica que no está contemplada en nuestras leyes, ello ha dado lugar a que como manifiestan los tres entrevistados se disputen los hijos y se dé la custodia de manera injusta en ciertos casos, imposibilita que los padres divorciados compartan la custodia de los hijos, inclusive dando paso a que los menores se conviertan en propiedad del progenitor que mantiene la custodia, utilizando a los hijos como medio de chantaje para recibir alimentos o algún tipo de prebenda a cambio de dejar que el menor comparta con el progenitor que no tiene la custodia

**Cuarta Pregunta:**

**¿Cree Ud. que la actual situación legal en la que quedan los hijos de un hogar con padres divorciados o separados es suficiente para asegurar**

**un buen desenvolvimiento de las niñas, niños y adolescentes en un medio social en desarrollo?**

**Respuestas:**

El entrevistado Dr. G.A. indica que en los casos de divorcio o separación es obligación del Estado realizar un seguimiento de los menores que quedan en custodia, por cuanto el Estado garantiza la buena vida de todo ciudadano y en este caso de los menores, por su parte el Dr. V.B., supo manifestarme que la situación en que quedan los hijos cuando sus padres se divorcian no aseguran su desarrollo, el Dr. J.S. razona que indudablemente el divorcio es una cuestión muy compleja, altera el normal desarrollo del menor; pero esas circunstancias deben ser superadas en otros entornos por otra parte el Dr. A.C. indicó que no ante la interrogante formulada.

**Comentario:**

Considero que la actual legislación ecuatoriana respecto a la custodia compartida no está conforme a las normas establecidas en la Constitución de la República por cuanto en ella garantiza en primer lugar a la familia como núcleo de la sociedad, al formar parte de ella los hijos también el Estado les ha reconocido el derecho a un entorno familiar basado en la afectividad y la seguridad, situación que indiscutiblemente les permitirá satisfacer sus necesidades afecto-emocionales, no obstante, al quedar el cuidado de los hijos a uno de los progenitores difícilmente se logrará el cometido propuesto por el Estado.

**Quinta pregunta:**

**¿Cree Ud. conveniente plantear una reforma a al Código Civil respecto al establecimiento de la tenencia compartida?**

**Respuestas:**

Los entrevistados Drs. J.S., A.C. y G.A., coinciden en que si es urgente y procedente una reforma al Código Civil, a fin de que pueda ser en igualdad para los padres y así proponer un verdadero derecho de familia, el Dr. V.B. ante esta interrogante, manifestó que no amerita que se introduzcan las reformas en referencia.

**Comentario:**

Es innegable la necesidad de incorporar en el Código Civil la figura de la custodia compartida, por las razones indicadas por los entrevistados en preguntas que anteceden, esta reforma permitirá que tanto padres como hijos disfruten de las diferentes actividades cotidianas y mantendrá las relaciones paternas con afectividad y con una convivencia armoniosa y llevadera entre los ex - cónyuges.

**Preguntas a Padres**

**Cuestionario**

**Primera pregunta:**

**¿Conoce Usted qué es tenencia compartida?**

De los cinco padres entrevistados, los Sres. J.T. y R.C. manifiesta que es el derecho que tiene el padre de continuar manteniendo el contacto y

relaciones afectivas con sus hijos, mientras que O.L. acota que la tenencia compartida es un derecho más que legal es natural, los niños -hijos- necesitan a sus padres (papá y mamá) para mantener vínculos de amor y confianza, señala que los hijos no tienen la culpa de los errores como pareja. Por su parte B.A., señala que la custodia compartida es el derecho que tienen los padres de mantener una relación personal directa y regular con sus hijos a pesar de que los padres estén divorciados o separados, así mismo el R.V. señala que en los casos de divorcio y cuando la custodia es concedida a la madre ella se desquita con nosotros y se aprovecha del control absoluto del hijo para manipularlos en nuestra contra, los padres después de las separaciones o divorcios no deben convertirse, en el visitante esporádico de sus hijos.

### **Comentario:**

Las respuestas emitidas por los padres entrevistados coinciden que la custodia compartida es el derecho que mantienen los padres a continuar participando en el desarrollo y toma de decisiones sobre sus hijos, no debe su convivencia estar supeditada a un régimen de visitas por cuanto estas visitas son esporádicas y de cierta forma les limita el de participar en las actividades de los hijos.

### **Segunda pregunta:**

**¿Estima usted que la falta de contacto entre los hijos y uno de los padres divorciados repercute en el desenvolvimiento físico y psicológico de los menores?**

**Respuestas:**

De los cuatro entrevistados el Sr. B.A. manifiesta que los hijos de padres divorciados o separados tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su padre, en ese marco, la falta de contacto entre ambos repercute su desarrollo físico y emocional de ahí que somos luchadores por recuperar el tiempo perdido y tenerlos también a nuestro lado, somos "papás por siempre". J.T, indica que al no tener contacto entre hijos y padres genera que los hijos no desarrollen su autoestima, se vuelven inseguros, tímidos en otros casos se muestran renuentes al contacto con el padre que no vive con ellos, el Sr. R.C. al privárselos a los hijos de ver a sus padres da lugar a trastornos no solo físicos sino emocionales ya que ellos se sienten desamparados, como si los padres no los quisiéramos, los Sres. O.L y R.V coinciden en señalar que indudablemente la falta de convivencia entre padres e hijos genera que los hijos se vuelvan contra los padres, las madres influyen para ello.

**Comentario:**

El no establecimiento de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico da lugar a que como manifiestan los entrevistados se disputen los hijos y se los perjudique en su desarrollo integral.

**Tercera pregunta:**

**¿Cuál de los siguientes problemas cree Ud. que se presenta en los hijos de hogares divorciados que pierden contacto con el padre o madre que no tiene la tenencia de ellos?**

Depresión

Bajo rendimiento académico

Falta de confianza en sí mismos

Conductas antisociales

Otros.

**Comentario:**

Los entrevistados en su totalidad señalan que los problemas que presentan los hijos de padres divorciados o separados es total, porque se les priva de que compartan actividades juntos como el jugar, ir a al médico, etc., inclusive se les impide el convivir con la familia del padre, los interrogados coinciden en que la Ley debe ser flexible para que los padres sean partícipes activos en su desarrollo, sin embargo en la actualidad, deben estar a lo que el Juez les ordena que es solo regularle los días y horas en que deben ver a los hijos.

Los daños emocionales que se generan en los hijos de padres divorciados son de cierta manera irreversibles, por cuanto, cada uno de ellos tiene maneras diferentes de mostrar sus necesidades afectivas, ya que el dinero no supe el cariño que deben recibir de sus padres.

**Cuarta pregunta:**

**¿Cree Ud. que la actual situación legal en la que quedan los menores después de un divorcio o separación es suficiente para asegurar un**

### **buen desenvolvimiento de las niñas, niños y adolescentes en un medio social en desarrollo?**

En esta interrogante el Sr. R.V., cita la frase "Querer a un hijo no es obligarlo a vivir con nuestras verdades, sino ayudarlo a que pueda vivir sin nuestras mentiras." De ahí que las madres de sus hijos deben ayudarnos para continuar con el contacto en un ambiente afectivo con nuestros hijos. El Sr. J.T. menciona su experiencia personal señala que cuando se separó de su pareja y como en el país rige una ley prehistórica, las madres se convierten automáticamente en las dueñas de los hijos y nosotros, los padres, somos los proveedores solo de dinero y lo peor es que debe estar a la expectativa de la llamada telefónica que su ex cónyuge le hacía. El entrevistado B.A., ante esta interrogante dice que la sociedad ha satanizado a la figura paterna y lo ha hecho culpable de todos los males en la ruptura familiar, y con las leyes que nos rigen la situación de padres e hijos es terrible el Juez cree los padres no están en capacidad de amar y cuidar a sus hijos. El entrevistado O.L., por su parte acota que los niños que crecen lejos de su padre, en una situación de orfandad artificial. El Sr. RC, añade que la familia paterna también es afectada ya que la Ley le concede solamente a la madre su cuidado y educación.

#### **Comentario:**

Respecto a las repuestas emitidas por los entrevistados coincido con estas opiniones ya que la Ley debe reformarse para que así los jueces la apliquen beneficiando los derechos de los menores, ello favorecerá para que el menor

se desenvuelva en un ambiente de confianza y seguridad familiar y consecuentemente en la familia.

**Quinta pregunta:**

**¿Considera Ud. que se lesiona ciertos derechos constitucionales tanto de los hijos así como de los padres cuando se les priva a uno de estos últimos una participación activa en el crecimiento de sus hijos?**

En esta interrogante B.A. manifestó que al alejar a un niño de su padre no solo se separa a estas dos personas, es separar familias enteras, desconoce derechos como los de la Convención sobre los Derechos del Niño, los señalados en la Constitución y en el Código de la Niñez y la Adolescencia. El Sr. R.V. por su parte señala que si se vulnera derechos les quita el derecho de vivir y compartir juntos, a una familia, a desarrollarse. Asimismo, R.C indica que a más de los derechos vulnerados a los hijos, hay que sumarle la de los padres son víctimas de procesos ante la Comisaría de Mujer incluso en la Fiscalía por único delito de querer acercarse a sus hijos. J.T. y O.L., señalan que la Ley debe aplicarse considerando el interés superior del menor, ya que ese no es respetado por la madre y por la justicia.

**Comentario:**

Con lo que respecta a las repuestas emitidas por los entrevistados coincido con estas opiniones ya que el Juez aplica lo que la Ley le determina por lo que los derechos tanto de padres como hijos es desconocido por las madres de los hijos.

**Sexta pregunta:**

**¿Cree Ud. que existe insuficiencia jurídica respecto a la tenencia de los hijos después de un divorcio?**

En esta interrogante los entrevistados en su totalidad señalan que si es insuficiente y muy vetusta la legislación respecto de la custodia, B.A., añade que las condiciones sociales y ante el desarrollo acelerado de la sociedad hace que los menores sean vulnerables por lo que la Ley debe ser reformada paulatinamente.

**Comentario:**

Frente a esta pregunta, la respuesta de los entrevistados es unánime ya que consideran que nuestra legislación debe ser reformada que deben emitirse leyes que permitan el pleno ejercicio de los derechos de los menores dadas las actual por la que atraviesa la sociedad.

**Séptima pregunta:**

**¿Considera usted necesario que se reforme el Código Civil respecto al establecimiento de la tenencia compartida?**

Los entrevistados por unanimidad coinciden que no sólo se debería reformar el Código Civil sino también en el Código de la Niñez y la Adolescencia. El Sr. B.A añade que en muchos de los casos la desesperación por ver a sus hijos se gana una acusación falsa de violencia intrafamiliar.

**Comentario:**

Es incuestionable la necesidad de incorporar en el Código Civil la custodia compartida, por las razones indicadas por los entrevistados en preguntas que anteceden, esta reforma permitirá la continuidad de las relaciones entre hijos y padres con afectividad y con la familia paterna, es decir abuelos, tíos/as, primos/as.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1 Estudio crítico de la problemática**

Se ha efectuado y realizado un estudio analítico, jurídico y doctrinario de lo referente a la tenencia compartida una vez que se ha producido el divorcio entre los cónyuges, aspectos han sido recalcados permanentemente a lo largo de este trabajo investigativo, donde se utilizaron los medios necesarios para llegar a determinar la necesidad de reformar la legislación vigente referente al establecimiento de la custodia compartida en el Código Civil.

La vulneración de los derechos de los hijos menores de edad, así como de los padres a continuar participando en el desarrollo psicológico, físico, educativo y demás de los hijos, se evidencia por cuanto en nuestro sistema legal ecuatoriano no contempla la figura de la custodia compartida.

En la presente investigación queda probado, que el procedimiento jurídico que tienen los trámites de divorcio y principalmente en lo referente a la custodia de los hijos ésta se limita a entregarle a la madre su cuidado, crianza, educación y sostenimiento, quedando el padre limitado al aporte económico y sujeto a un disciplinado régimen de visitas, descuidando otros aspectos importantes para la vida de sus hijos, impuestas por el Juez de lo Civil, quien únicamente aplica lo establecido en la Ley.

Por estas consideraciones concluyo afirmando que se hace necesario una reforma jurídica al marco legal que incorpore la tenencia compartida en

materia civil en los casos de divorcio, por cuanto si no se hace esta reforma se seguirá atentado contra el derecho de los menores a su pleno desarrollo integral, entendido éste como el proceso de crecimiento, maduración y desenvolvimiento de sus capacidades físicas y psicológicas en un entorno familiar de afectividad y de seguridad.

Una vez que he culminado la investigación doctrinaria, jurídica y empírica puedo asegurar firmemente que he logrado estudiar críticamente la problemática que formule al inicio de mi investigación.

## **7.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS**

El objetivo general planteado para la presente investigación jurídica fue:

**“Desarrollar un estudio crítico, objetivo y doctrinario sobre la tenencia de los hijos menores edad en caso de divorcio de los padres”.**

Este objetivo lo pude confirmar mediante la investigación bibliografía, en el desarrollo de la Revisión de la Literatura, concretamente en el marco conceptual, jurídico y doctrinario a través de la Constitución de la República y el Código Civil ecuatoriano y de diversos textos referentes a materia de familia, divorcio y custodia, conocí aspectos referentes a la figura de la custodia dentro del campo jurídico de países como Perú, Colombia y Venezuela, con lo que así pude estudiar y determinar que es evidente la falta de una norma que asegure el derecho de los menores a seguir desenvolviéndose en un ambiente familiar a pesar de que sus padres se

hayan divorciado, generando serios problemas relacionados con su desarrollo físico y emocional.

Los objetivos específicos que me planteé fueron los siguientes:

**“Analizar la figura jurídica de la tenencia de los hijos menores de edad”**

Este primer objetivo específico lo verifiqué principalmente con el desarrollo total de la Revisión de Literatura. No obstante, la encuesta y la entrevista inciden significativamente para cotejar este objetivo, tal como con las preguntas uno y seis de la encuesta, así como las preguntas uno y tres de la entrevista, por cuanto se determinó fehacientemente en qué consiste la tenencia compartida y como se halla en nuestra realidad jurídica ésta, además en el caso de las encuestas se demostró que el 100% de los encuestados conoce que es la tenencia compartida, así mismo el 80% de esta misma población indica que es necesario que se establezca en el Código Civil esta figura jurídica por cuanto es insuficiente, con ello también demuestro que los profesionales del Derecho a quienes apliqué la interrogantes están al tanto de lo que es la tenencia compartida y sus principales vacíos en la ley respecto de la misma.

El segundo objetivo planteado fue:

**“Establecer los principios que rigen la figura de la tenencia compartida”.**

Planteado en esta forma, este objetivo lo verifiqué a través del Marco Conceptual específicamente con el tema denominado Principios Generales

de la tenencia Compartida, así también con el desarrollo del Marco Doctrinario con la temática Criterios a tomar en cuenta para adoptar la medida de tenencia compartida, mismos que me permitieron tener un mayor entendimiento y comprensión de la necesidad de incorporar en nuestra legislación esta figura jurídica puesto que los más beneficiados serán los hijos de padres divorciados y con ello consecuentemente se harán efectivos sus derechos constitucionales y los que le son específicos a su edad, ya que de acuerdo a la Constitución de la República son considerados como grupos de atención prioritaria.

Mi tercer objetivo de la investigación jurídica planteado es:

**“Proponer una reforma al Código Civil respecto de la tenencia de los hijos menores de edad, normando a ambos padres para que eduquen a sus hijos en conjunto luego de un divorcio y cumplan con sus obligaciones entregando a la sociedad y al Estado jóvenes sanos y productivos”.**

Este objetivo lo pude verificar con la investigación bibliográfica y con la investigación de campo. Bibliográficamente abordé este punto en el marco conceptual, jurídico y doctrinario. La investigación de campo aportó significativamente para comprobar este objetivo, mediante la encuesta gracias a las respuestas de las preguntas seis y siete, las mismas que en su orden el 80% y 80% de los encuestados destacan que existe un vacío legal en la legislación civil respecto de la tenencia compartida una vez producido

el divorcio, finalmente la mayoría de encuestados indican que la reforma debe ir en el sentido de la incorporación en el Código Civil la tenencia compartida antes de que el Juez emita sentencia el caso, igualmente me ayudó a cumplir este propósito la entrevista con las respuestas obtenidas de la pregunta cinco puesto que todos los entrevistados coinciden en la necesidad de incorporar la tenencia compartida dado las actuales condiciones en las que atravesamos.

Con ello, puede determinar que los profesionales del Derecho en libre ejercicio y funcionarios judiciales en su mayoría estiman que urge la necesidad de reformar el Código Civil y establecer esta corresponsabilidad de los padres divorciados en el desarrollo integral de sus hijos. Finalmente, la propuesta jurídica que presento al final de este trabajo con el propósito de incorporar en el Código Civil, coadyuva a la verificación de este objetivo.

### **7.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

En mi proyecto de investigación jurídica para la realización de mi tesis propuse la siguiente hipótesis general:

**“La falta de regulación sobre la tenencia compartida de nuestros hijos menores de edad después de un divorcio repercute en el buen desenvolvimiento de las niñas, niños y adolescentes en un medio social en desarrollo”.**

Una vez revisada la información bibliografía y realizada la investigación empírica pude comprobar que el vacío legal en nuestra normativa, Bibliográficamente lo determine con el marco conceptual, jurídico y doctrinario, donde pude establecer la vulneración de algunos derechos que ha dado lugar a que se vulnere derechos de los hijos tales como: el de un desarrollo integral en un ambiente familiar de afectividad y de seguridad, el derecho a la integridad personal inclusive el de una vida digna, ello indudablemente repercute en el desarrollo emocional y físico de los hijos de padres divorciados, ello por cuanto en nuestra legislación civil no está contemplada en nuestra normativa civil la corresponsabilidad parental. También pude contrastar la hipótesis con la información recopilada de la investigación de campo, concretamente con las respuestas a las preguntas dos, tres, cuatro y cinco de la encuesta; y, con la pregunta dos, tres y cuatro de la entrevista, respuestas en la que todos coinciden en señalar que si se vulneran derechos constitucionales y repercute en el desarrollo y desenvolvimiento de los hijos de padres divorciados porque no continúan manteniendo el contacto filial entre padres e hijos, se los separa en virtud del procedimiento establecido en la Ley.

#### **7.4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA REFORMA LEGAL**

La Constitución de la República del Ecuador reconoce en el Art. 67 inciso primero *“la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo*

*fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines (...)*<sup>71</sup>.

Los hijos son parte de este núcleo de la sociedad, es así nuestra Constitución respecto de niños, niñas y adolescentes en el Art. 44 establece *“El Estado, la sociedad y la familia promoverá 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”*<sup>72</sup>, adicionalmente en el artículo citado determina que: *“Las niñas, niños y adolescentes tendrán el 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 efectividad y seguridad”*<sup>73</sup>.

Al ser los menores de edad un grupo de atención prioritaria, debe entenderse que no sólo de parte del Estado, sino también con apoyo de la sociedad, la escuela y por su puesto la familia. Claramente el Estado a través de la Constitución de la República otorga a los menores de edad el derecho a un desarrollo integral en su entorno familiar y con respecto a la tenencia en el Código Civil puedo evidenciar una insuficiencia y discordancia con lo que establece la Constitución de la República, por cuanto existe un vacío legal respecto a la custodia, por cuanto no está establecido norma

---

<sup>71</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2008). Art. 67.Pág. 16

<sup>72</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2008). Art. 67.Pág. 17

<sup>73</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2008); Art. 44; Pág. 11.

alguna que permita que ambos progenitores participen activamente en el crecimiento de los menores cuando están divorciados, vacío que afecta al padre que no tiene la custodia al privársele de ver como quisiera a su hijo y repercute en el desarrollo del menor, puesto que es fundamental en su crecimiento contar con una figura materna o paterna, según sea el caso, que le permita fortalecer ciertas actitudes y destrezas a edad temprana.

Las atribuciones conferidas a la Asamblea Nacional mediante la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 120 numeral 6, que dispone “*expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”<sup>74</sup>; y, el análisis conceptual, jurídico, doctrinario y empírico, de esta problemática socio-jurídica que me he planteado, complementada con la opinión del grupo de profesionales de la ciudad de Loja, convalidan el propósito de la presente tesis; y, fundamentan jurídicamente la propuesta legal de reforma al Código Civil, precisamente con la finalidad de mantener las relaciones familiares y de convivencia familiar para bienestar de los hijos de padres divorciados.

---

<sup>74</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, (2008); Art. 120; Pág. 32.

## 8. CONCLUSIONES

Luego de haber concluido el presente trabajo de tesis, ejecutado a través de un trabajo de campo, en lo teórico y práctico, me permito presentar las siguientes conclusiones:

**PRIMERA:** Es necesario poder implementar en el Código Civil ecuatoriano, la figura de la tenencia compartida y revocatoria, para que los progenitores compartan los derechos en la toma de decisiones, las responsabilidades y la autoridad en relación con la crianza, cuidado, salud, educación y el bienestar de los hijos, una vez que se ha producido un divorcio.

**SEGUNDA:** El establecimiento de la tenencia compartida y revocatoria en nuestro ordenamiento jurídico, puede adaptarse a brindar las facilidades para intervenir equilibradamente sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de los menores, sin embargo es de ayuda para que los jueces no tengan impedimento para establecer la custodia compartida, sin menoscabo en el deber y obligación de cada padre y madre, fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor.

**TERCERA:** El Código Civil vigente en nuestro país respecto del divorcio y la situación de los menores es muy amplio y no permite tutelar de manera efectiva el interés superior del niño, lo que imposibilita que los padres divorciados compartan la custodia de los hijos.

**CUARTA:** Que es significativo considerar otras legislaciones como la de Colombia, Perú y Venezuela, brindan total importancia a la familia y con las características de sus legislaciones constitucionales y secundarias se establece una responsabilidad compartida y equitativa en el desarrollo, crianza y bienestar de sus hijos pese al divorcio.

## 9. RECOMENDACIONES

Con el objeto primordial de presentar sugerencias al Código Civil y luego de haber desarrollado en su totalidad mi tesis jurídica, presento las siguientes recomendaciones, esperando que sean acogidas.

**PRIMERA:** Que los Asambleístas tengan presente, que dentro de sus funciones está principalmente el de legislar, deben hacerlo en defensa social por lo que deben procurar que en las leyes secundarias a la Constitución de la República guarden existan una coherencia entre ellas.

**SEGUNDA.-** Que el Estado a través de la Asamblea Nacional, reformen el Código Civil, de acuerdo a la realidad en la que vivimos, ya que este cuerpo normativo actualmente tiene vacíos respecto de la tenencia compartida.

**TERCERA:** Que el Estado Ecuatoriano incorpore campañas de difusión, a través de los medios de comunicación sobre los deberes, derechos y obligaciones de los padres divorciados frente a sus hijos.

**CUARTA.-** Que los Jueces de lo Civil, al momento de llevarse la audiencia de conciliación, en la medida de lo que la Ley les permita, conminen a los progenitores a que compartan de manera justa y equilibrada sus responsabilidades frente a sus hijos, mientras se reforme el Código Civil y

Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, de esta manera se lograría además que la madre tenga el confort psicológico de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador y protector activo.

**QUINTA:** Que la Asamblea Nacional, reforme la Código Civil y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el sentido de incorporar la Tenencia compartida como mecanismo de mantener las relaciones paterno-filiales con afectividad y seguridad.

**SEXTA:** Que los asambleístas al momento de reformar el Código Civil tomen en cuenta los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República, a fin de evitar contradicciones entre las normas jurídicas del país.

## **9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA**

### **ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

#### **CONSIDERANDO**

Que es deber primordial del Estado ecuatoriano, proteger los derechos que le asisten a todas las personas sin distinción de raza, economía, o situación social, con el fin de dar estabilidad a toda la población ecuatoriana en especial a los sectores más vulnerados;

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44, inciso segundo reconoce y garantiza el derecho de las niñas, niños y adolescentes el derecho a un desarrollo integral en un entorno familiar de afectividad y seguridad;

Que el artículo 66 en su numeral 2 y 3 literal a) de la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a una vida digna y a la integridad física, psíquica, y moral a todos los ecuatorianos(as);

Que el artículo 69 Nral. 1 de la Constitución de la República dispone que padre y madre están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación desarrollo integral y protección de derechos de sus hijos e hijas, en particular cuando se encuentre separados por cualquier motivo; y

en concordancia con el Nral. 5 el Estado tiene la obligación de promover la corresponsabilidad materna y paterna; y,

Que es necesaria y urgente la creación de una reforma al Código Civil donde se incorpore la custodia compartida como un modo de convivencia de continuar manteniendo las relaciones familiares afectivas entre padres e hijos;

En uso de lo que establece el Art. 120 Nral. 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

## **EXPIDE**

La siguiente:

### **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL**

**Que se incorpore un inciso específico donde haya una concordancia en el Código Civil y, el Código de la Niñez y adolescencia la figura jurídica en la que se haga constar que el Padre y la Madre al que se le concedió la Tenencia, de manera injustificada incumple la Sentencia con relación al Régimen de visitas, la Tenencia será revocada, si el incumplimiento es reiterado y doloso respecto a la sentencia del Régimen de visitas, esta se constituirá causa de revocatoria, al igual que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 118, limita la tenencia Compartida de los padres para con sus hijos**

**contradiendo lo que dispone el Art. 69 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.**

**Art. 2.-** La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador; a los quince días del mes de agosto del año dos mil once.

**PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA  
NACIONAL**

**SECRETARIO DE LA ASAMBLEA  
NACIONAL**

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Academia, E. (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española* (Vol. I). Edición XX.
- ❖ Aguirre, R. (1993). *Derecho de menores*. Mexico DF.: AGUIRRE & AGUIRRE.
- ❖ Bandera, M. (2005). *Custodia Compartida*. Barcelona: Arcoexpress.
- ❖ Bosert, G. y. (2008). *Manual de Derecho de Familia 4ta. Edición*. Buenos Aires: Astrea.
- ❖ Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Juridico*. Mexico DF: CABANELLAS DE LA TORRE.
- ❖ Castell. (1998). *Diccionario Enciclopédico CASTTEL*. Barcelona: CASTELL.
- ❖ Chunga, F. G. (s.f.).
- ❖ Código Civil de Perú, P. (1991). *Código Civil de Perú*. Lima: Registro Oficial.
- ❖ Código Civil de Venezuela, V. (2002). *Código Civil de Venezuela*. Caracas: Registro Oficial.
- ❖ Código Civil, C. (1997). *Código Civil de Colombia*. Bogota: Registro Oficial.

- ❖ Código de la Infancia y Adolescencia, C. (2003). *Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia*. Bogotá: Registro Oficial.
- ❖ Constitución de Venezuela, V. (2002). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Registro Oficial.
- ❖ Constitución Política del Perú, P. (1991). *Constitución Política del Perú*. Lima: Registro Oficial.
- ❖ Constitución, E. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Quito.
- ❖ Constitución, C. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Registro Oficial.
- ❖ CORPORACIÓN, E. P. (2003). *Código de Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ❖ CORPORACIÓN, E. P. (2013). *CODIGO CIVIL*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ❖ DE TORRES, J. (2009). *Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho*. Madrid.
- ❖ Engels, F. (1982). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Berlin: Fundación Federico Engels Org.
- ❖ FERRARA, F. (1922). *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum.

- ❖ Fuchlocher, E. (1983). Berlin.
- ❖ Garcia, J. (2010). *Diversos tipos de familia reconocidos en la Constitución*. Quito.
- ❖ GONZALEZ, L. (2002). *Los menores en el derecho español - Practica Jurídica*. Madrid: TECNOS.
- ❖ Holguin, J. (1998). *Manual elemental de Derecho Civil*. Quito: CEP.
- ❖ Juicio, A. T. (16 de abril de 2011). [www.abogadostodojuicio.cl/pag\\_tuicion.htm](http://www.abogadostodojuicio.cl/pag_tuicion.htm). Recuperado el abril de 2015, de [http://www.abogadostodojuicio.cl/pag\\_tuición.htm](http://www.abogadostodojuicio.cl/pag_tuición.htm)
- ❖ Lathrop, F. (2008). *La custodia compartida en los hijos*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía.
- ❖ Martinez, A. (2000). *Sociología*. Quito: Maya.
- ❖ Monroy, M. (2008). *Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolscencia*. Libreria Ediciones del Profecional Ltda.
- ❖ Morillo, S. (2009). *Respuestas a la Incertidumbre de la custodia compartida*. Málaga: Univerdidada Internacional de Andalucía.
- ❖ OMEGA. (1995). *Enciclopedia Jurídica* (Vol. 5). Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina Sociedad Responsabilidad Limitada.

- ❖ Peña, P. (1977). *Famili, Religión, Estado*. Colombia: CEMPLA Editores.
- ❖ Pérez, A. (2007). *Guarda o custodia conjunta, Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. Málaga: Universidad Internacional de Andalucía.
- ❖ RIVERO H., F. (2007). *El interes del menor*. Madrid: Castañeda.
- ❖ Rosales, M. (2005). *Custodia Compartida*. Granadina.
- ❖ Tamayo, S. (2007). *la custodia compartida como alternativa legal*. Málaga: Universidad Internacional de Andalucía.
- ❖ Zarraluqui, L. (2004). *Reflexiones en relación con la guardia y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres*. Madrid: Dykinson.

## 11. ANEXOS

### Formato de Encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA  
CARRERA DE DERECHO

**ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO**

**Estimado (a) Profesional del Derecho:**

Por medio de la presente me permito dirigirme a Ud., a fin de solicitarle se digne contribuirme con sus criterios frente a mi trabajo de Tesis titulado **“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES.”**, lo que me permitirá culminar con éxito mi trabajo investigativo, previo a la obtención del grado de Abogada.

**CUESTIONARIO**

1. ¿Conoce Usted qué es la tenencia de menores?

Si ( )                      No ( )

¿Defina?.....

.....

2. ¿Estima Usted que la falta de contacto entre los hijos y uno de los padres divorciados repercute en el desenvolvimiento físico y psicológico de los menores?

Si ( )                      No ( )

¿Por qué?

.....

3. ¿Cuál de los siguientes problemas cree Ud. que se presenta en los hijos de hogares divorciados que pierden contacto con el padre o madre que no tiene la Custodia de ellos?

Depresión ( )

Bajo rendimiento académico ( )

Falta de confianza en sí mismos ( )

Conductas antisociales ( )

Otros ( )

¿Cuáles?.....

4. ¿Cree Ud. que la actual situación legal en la que quedan los menores después de un divorcio es suficiente para asegurar un buen desenvolvimiento de las niñas, niños y adolescentes en un medio social en desarrollo?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

5. ¿Considera Ud. que se lesiona ciertos derechos constitucionales tanto de los hijos así como de los padres cuando se les priva a uno de estos últimos una participación activa en el crecimiento de sus hijos?

Si ( ) No ( )

¿Cuáles?.....

6. ¿Cree Ud. que existe insuficiencia jurídica respecto a la Custodia de los hijos después de un divorcio?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

7. ¿Considera usted necesario que se reforme el Código Civil respecto al establecimiento de la Custodia Compartida?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

## Guión de Entrevista



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**  
**CARRERA DE DERECHO**

### **ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO**

Por medio de la presente me permito dirigirme a Ud., a fin de solicitarle se digne contribuirme con sus criterios frente a mi trabajo de Tesis titulado **“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES”**, lo que me permitirá culminar con éxito mi trabajo investigativo, previo a la obtención del grado de Abogada.

**Cargo o Función del entrevistado:**

### **CUESTIONARIO**

- 1.- ¿Conoce usted qué es custodia compartida?
- 2.- ¿Según su experiencia profesional y considerando la Constitución nos garantiza el derecho a la familia, a tener una vida digna y a que esta vida sea integra en el sentido físico y psicológico, estima conveniente que se mejore la situación de la custodia de los hijos después de un divorcio?
- 3.- ¿Según su experiencia, cuales considera usted que son los principales problemas que se derivan de la actual legislación respecto de la Custodia de los hijos después de un divorcio?
- 4.- ¿Cree Ud. que la actual situación legal en la que quedan los hijos de un hogar con padres divorciados es suficiente para asegurar un buen desenvolvimiento de las niñas, niños y adolescentes en un medio social en desarrollo?
- 5.- ¿Cree Ud. conveniente plantear una reforma a al Código Civil respecto al establecimiento de la Custodia Compartida?

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

**ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

“ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO QUE CONSERVA LAS RELACIONES FAMILIARES.”

PROYECTO DE TESIS PREVIO A  
OPTAR EL GRADO DE LICENCIADA  
EN JURISPRUDENCIA -ABOGADA

**AUTORA:** ROCIO DEL CISNE VILLAVICENCIO GUEVARA.

**DIRECTOR:** DR. MGS.SC. PATRICIO VALDIVIEZO

LOJA – ECUADOR

2015

## **1. TEMA:**

ESTABLECER COMO CAUSAL DE REVOCATORIA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS CUANDO EL PADRE O MADRE HA INCUMPLIDO LA SENTENCIA, COMO MEDIO PARA CONSERVAR LAS RELACIONES FAMILIARES.

## **2. PROBLEMÁTICA:**

Las relaciones entre padres e hijos vienen reguladas por la Constitución de la República del Ecuador, consagrado en el Art. 69. numeral 1 que textualmente manifiesta: “Para proteger los derechos de las personas e 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”<sup>75</sup>. Así mismo en los Arts. 9, 10, 11, 21, 22, 122, 123, 124; y, 125 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia establecen tanto los derechos que tienen los menores a convivir y tener una familia. Es por ello que el Estado protege el núcleo familiar para un desarrollo integral acorde a los menores, como un medio de asegurar la situación económica y responsabilidad compartida de los padres, el mismo que en el Art.115 del Código Civil determina que “Parar que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en igual forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento”<sup>76</sup>. Es entonces que el Juez de la unidad judicial de la familia mujer, niñez y adolescencia

---

<sup>75</sup> Constitución de la República del Ecuador. ISBN N° 978-9978-86-811-9. Año mayo 2009. Quito-Ecuador. Título II. Derechos. Capítulo I. Principios de aplicación de los derechos. Art. 69. Pág.24

<sup>76</sup> Código Civil. Del arco ediciones. Cuenca –Ecuador. Año 2007. Art. 115. Pág. 35

resolverá en la junta de familia la tenencia y responsabilidad del padre o madre con quien quedarán los hijos menores.

En los procedimientos de separación de unión de hecho y divorcio, cuando existen hijos menores de edad, el cónyuge al que no le ha sido otorgada la patria potestad o custodia de los hijos, por la sentencia judicial ya sea dentro del juicio de divorcio o en juicio de régimen de visitas que en su caso se dicte, tiene derecho a visitarlos físicamente y a comunicarse con ellos. El derecho de visitas cumple una función familiar y la ley persigue con el establecimiento del mismo que en aquellos casos en los que una familia se desintegra, se propicie que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y esté en compañía de sus hijos de manera que la relación padres e hijos sea lo más enriquecedora posible. Con ello se pretende evitar que los menores sufran otros daños distintos a los ya graves, por si solos, esto por la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos progenitores, debiendo, por tanto, potenciar los contactos con el progenitor que no ostente la custodia.

En atención al derecho a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores, que el Estado Ecuatoriano reconoce a todas las personas niños niñas y adolescentes conforme consta establecido en los Arts. 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador y que igualmente lo recogen los Arts.21; y, 22, de conformidad con lo previsto en el Art.122 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; y, Art. 9 de la Convención de los derechos del niño, el padre o ,madre que no tenga la tenencia de sus hijos, podrá visitarlo en una forma abierta bajo una restricción, lo cual es el respeto mutuo y el dialogo permanente en procurar el bienestar de sus hijos y el desarrollo de los lasos afectivos así cada uno de sus progenitores y sus familiares.

Es así que por estas consideraciones creo necesario plantear reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia y Código Civil, ya que no son

idóneamente factibles por falta de ampliación, en lo que respecta a la conservación de las relaciones familiares entre padres a hijos, en virtud de que el régimen de visitas, se presenta como una opción superadora que permite que al padre o parientes pueda seguir criando a los menores pese a la separación conyugal; y, que la madre tenga el confort psicológico de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza, y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo, es por ello que la autoridad competente al emitir la correspondiente sentencia, siempre existe que uno de los dos padres incumple estas disposiciones, y es aquí cuando aparece la necesidad de implementar en la normativa legal la revocatoria de la tenencia de los hijos, por falta de compromiso a las relaciones familiares, por lo que considero que es un problema latente ya que nuestra legislación posee normas para proteger a los menores, pero podría decirse que no de una manera suficiente y eficaz, por lo que la estructura legal en este caso debería merecer profundas reformas por parte de la Comisión Legislativa.

Es por ello que en este presente trabajo se tomó los derechos de los menores, como esencia misma de: la crianza, educación, cumplimiento y satisfacción de necesidades, el buen trato que deben de tener y las oportunidades que deben dispensarse a los mismos para obtener un desarrollo físico, mental, espiritual y social, ya que la familia cualquiera sea su forma, posee una influencia decisiva en la constitución de la personalidad del individuo.

### **3. JUSTIFICACIÓN:**

El presente trabajo investigativo se basa específicamente en el Derecho de Familia; por tanto, la familia es el ente fundamental para que los menores tengan un ambiente acogedor y propicio para su desarrollo.

Y por tratarse de una materia poco tratada en nuestro medio, este trabajo se convertirá en un medio de consulta para estudiantes y profesionales

estudiosos interesados en abrir su espectro de la realidad, enfocado hacia los niños, ya que son el presente y futuro de nuestra sociedad y para que ésta se desarrolle debemos empezar por nuestra familia y más aún cuando se presenta la separación de los cónyuges ya que al producirse la separación de los padres, los primeros afectados psicológicamente son los menores, quienes llegan a desestabilizarse mentalmente al ver que deja de existir el núcleo familiar, y empiezan a perder el respeto a uno de ellos o a ambos, perdiendo el horizonte de la vida y como sociedad tratar de reparar esta desintegración familiar, adoptamos otras vías para seguir manteniendo las relaciones familiares luego de una separación conyugal, estableciendo figuras normativas como lo establece en la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para aplicar el principio de corresponsabilidad parental, asegurándonos en su crianza, cuidado y educación.

Podría recalcar que los menores no son objetos, ni medios utilizables por los padres o parientes, para conseguir fines provechosos para sí mismos, ni peor aún ilegales e inmorales, donde los padres se han valido para obtener beneficios forzados, conseguidos en algunos casos bajo presión, amenazas y chantaje.

Quiero conseguir a través de este trabajo investigativo, se logre impartir justicia equitativa y que esta llegue en beneficio de los menores, debiendo buscarse siempre un hogar para el niño, y no un niño para el hogar, que los menores sean el vínculo fuerte de la dura cadena del matrimonio.

Considero que los hijos son la riqueza y grandeza de nuestro país por lo que debemos velar por el cumplimiento de sus derechos, con una magnífica protección; y su mantenimiento dentro de un seno familiar apto para su desarrollo moral, psíquico, mental y físico donde pueda crecer rodeado de cariño y dentro de una vida familiar

#### **4. OBJETIVOS**

##### **OBJETIVO GENERAL:**

Desarrollar un estudio crítico, objetivo y doctrinario sobre la necesidad de establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos, cuando el padre o madre ha incumplido la sentencia, como medio para conservar las relaciones familiares.

##### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Analizar la figura jurídica de la tenencia de los hijos menores de edad y su relación con las visitas del padre o madre que no tiene la custodia.
- Determinar si el incumplimiento de la sentencia en cuanto al derecho de las visitas del padre o madre, afecta la conservación de las relaciones familiares entre padres e hijos.

#### **5. HIPÓTESIS.**

El incumplimiento de la sentencia, que regula el régimen de visitas del padre o madre en favor de sus hijos, dificulta la conservación de las relaciones familiares, por lo que deberá establecerse dicho incumplimiento como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos.

#### **6. MARCO TEÓRICO.**

##### **RELACIONES FAMILIARES**

“La familia es la unidad social primaria y universal. El primer ambiente social que conoce el ser humano es su familia.

El modelo clásico de estructura familiar venía definido por la idea actualmente anticuada de que el padre es quien trabaja fuera de casa y la

madre queda en la misma al cuidado de los niños. De este modo se establece un reparto de funciones: el padre, cabeza de familia, es responsable de la productividad y posición de la familia en la comunidad. La madre, por su parte, asume la vida afectiva de la familia, así como la atención de sus necesidades biológicas, incluida la salud y la enfermedad. Aunque la educación de los hijos se comparte, la madre tiende a desempeñar la formación auto expresiva y conciencia del niño (qué debe hacer) mientras que el padre lo hace hacia la modulación práctica de su actitud (cómo debe hacerlo). En cierto modo, el padre aportaría al hijo su experiencia en el funcionamiento con el entorno abierto y la madre, su conciencia interior en el mundo de los sentimientos; ambos factores son complementarios en la formación de la futura personalidad del hijo.

Podemos resumir las funciones familiares de los padres como sigue:

**Funciones maritales.** El matrimonio debe servir a las necesidades y satisfacciones respectivas de los esposos; la relación ha de estar fundamentada en el apoyo mutuo para la solución de posibles problemas, tanto conyugales como paternos filiales.

**Funciones de manutención.** Abarcan tanto el suministro de alimentos como los restantes cuidados físicos que los hijos precisan.

**Funciones de relación.** Consisten en ayudar a los hijos a encontrar su lugar en la familia, facilitando que se sientan cómodos y seguros en las relaciones interfamiliares, así como en su progresiva incorporación a la sociedad a través de sus grupos de amigos.

**Funciones comunicativas.** Se logran mediante el diálogo, fomentando el entendimiento y el intercambio de inquietudes culturales y preocupaciones personales, con el fin de reforzar y dar significación a la convivencia familiar.

**Funciones emancipativas.** Facilitan el último objetivo familiar de los hijos: la consecución de su lugar como miembros de pleno derecho en la sociedad. Obviamente, la emancipación de los hijos trae consigo el dolor de la separación familiar, pero ello ha de asumirse como un fin que no supone la ruptura de los lazos afectivos.

**Función recuperadora.** Se realizan a través del compromiso en actividades recreativas o de otro tipo que supongan un alivio y relajación para sus miembros en contraste con el trabajo y deberes cotidianos”<sup>77</sup>.

Podría mencionar que, en la actualidad, destaca la familia nuclear o conyugal, la cual está integrada por el padre, la madre y los hijos a diferencia de la familia extendida que incluye los abuelos, suegros, tíos, primos, etc., en este núcleo familiar se satisfacen las necesidades más elementales de las personas, como comer, dormir, alimentarse. Además, se demuestra amor, cariño, protección y se prepara a los hijos para la vida adulta, colaborando con su integración en la sociedad.

La unión familiar asegura a sus integrantes estabilidad emocional, social y económica. Es allí donde se aprende tempranamente a dialogar, a escuchar, a conocer y desarrollar sus derechos y deberes como persona humana.

## **CAUSAS QUE ORIGINEN LA TENENCIA.**

### **Divorcio de los padres**

En el Art. **106 Código Civil** Define al Divorcio de la siguiente forma:

*“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio; salvo las limitaciones establecidas en este código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorio la sentencia, quien fue el actor en el juicio de divorcio, si el fallo en rebeldía del cónyuge demandado.*

---

<sup>77</sup> [www.google.com](http://www.google.com) - <http://www.proyectopv.org/2-verdad/relacionesfamasic.htm> - Página de la vida.

*Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último cónyuge”.*<sup>78</sup>

El divorcio, que responde a lo inestable, muchas veces, de las pasiones humanas, es un remedio cuando la unión entre los esposos se ha roto, y la ley no hace sino reconocer las situaciones afectivas que se producen. La separación no es suficiente, a juicio de muchos; pues se condena a los cónyuges a un celibato forzoso, se les pone en situaciones de tener relaciones ilícitas, con el problema grave de los hijos que como fruto de estas puede haber.

### **Unión de hecho de los padres**

En el **Art. 222** del Código Civil establece La unión de hecho, como:

*“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.*

*La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.*

En el **Art. 226** establece las terminaciones de la unión de hecho de la siguiente manera:

**a)** *Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez de lo civil.*

---

<sup>78</sup> Código Civil. Del arco ediciones. Cuenca –Ecuador. Año 2007. Art. 106. Pág. 31

*b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el juez de lo civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio.*

*c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y,*

*d) Por muerte de uno de los convivientes”<sup>79</sup>*

Por lo tanto podría mencionar que la unión de hecho es otra de las causas para la tenencia de los menores, en virtud de que se establece con quien se quedan los menores, haciendo prevalecer los derechos de los menores.

## **DEFINICIÓN DE TENENCIA**

Cuando una pareja con hijos en común se divorcia o se declara disuelta la unión de hecho, es posible que establezcan un acuerdo para la tenencia compartida de los niños. En este caso, los progenitores se encargan de determinar cómo ejercerán la custodia legal de los menores de edad.

Etimológicamente la palabra Tenencia, se deriva del verbo Tener.

De acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los Diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española, y otros autores que los enunciaré posteriormente, toman esta similitud en sus definiciones.

Según el **Diccionario de Real Academia de Lengua española:**

**Tuición.** - *“Es efecto y acción de guardar y defender: Guardar es cuidar y custodiar algo; tener cuidado de unas cosa y vigilancia sobre ella.*

*Cuidar es asistir, guardar, conservar; por lo que podríamos decir que tuición es el cuidado, custodia, guarda que ejerce una persona sobre un menor”<sup>80</sup>*

---

<sup>79</sup> Código Civil. Del arco ediciones. Cuenca –Ecuador. Año 2007. Arts. 222 y 226. Pág. 58, 59

<sup>80</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española Edición XXI. Editorial Espasa S.A. Tomo II. 1997. Pág. 2037.

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

*“Del deber moral que ostenta la tuición, se desprende la enorme importancia que tiene la consideración de los atributos, cualidades o defectos que posee el presunto titular de este deber, su medio ambiente, costumbres y trabajo ya que ello influirá decisivamente en la vida que el pupilo llevar junto al guardador que se nombre, y no bastara de modo alguno que exhiba el título de padre o madre para reclamar su derecho aun frente a sus propios hijos, dicha elección resultara impropia e inconveniente para ejercerlo”<sup>81</sup>*

Para **Guillermo Cabanellas**, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual se refiere a la Tenencia Como:

*“La guarda o custodia personal y la ayuda patrimonial. Imprescindible hasta la formación profesional de los hijos que les permite su plena autonomía”<sup>82</sup>*

Podría mencionar que cada uno de los criterios de los tratadistas emiten su punto de vista acerca de la tenencia de los menores, en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se establece la facultad de los progenitores para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, ante la Unidad de La Niñez y Adolescencia, con el propósito de protegerles, de brindarles cuidados en forma total. Este derecho puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor un ambiente propicio para su desarrollo psicosomático; y cuándo el mismo se encuentre en un ambiente no apto para su normal desarrollo.

### **Normativa Jurídica que regula la Tenencia de Menores.**

---

<sup>81</sup> Rubén Aguirre. La tenencia de menores en el Ecuador. I Edición. Editorial Graficas Cárdenas. Quito. Pág. 36.

<sup>82</sup> Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición XXV, Editorial Heliasta S.R.C, Tomo VIII, año 1997, Pág. 34

La Normativa Jurídica se encuentra regulada por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el Art. 118 del Código de Niñez y Adolescencia dice:

*“Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del Art. 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 el inciso anterior”<sup>83</sup>*

Una de las medidas que el mismo Código prevea para el cumplimiento del acuerdo al que han llegado los padres respecto a la Tenencia de los hijos, es precisamente que sea elevado a conocimiento y Resolución de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, el mismo que tendrá en cuenta todo lo que la ley le permite siempre velando por el interés superior de los menores, luego de su análisis y si es el caso de una investigación con la colaboración del Servicio Social Judicial, este Organismo Judicial resolverá, aceptar el acuerdo al que han llegado los padres, determinando la forma como ha de cumplirse, estos términos y regular a su vez las visitas.

El problema de Tenencia se presenta cuando los progenitores se separan, debido a una serie de conflictos como las agresiones, irresponsabilidades, ausencia de valores éticos, morales y espirituales, entre otros factores, se destruye el hogar, sin tener en cuenta que con estas actitudes y acciones los que sufren son los menores.

A su corta edad tendrán que ser separado de uno de sus padres, violando su sagrado derecho a la convivencia familiar.

---

<sup>83</sup> Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. ISBN ° 9978-86-488-1. Año Julio 2009. Art. 118. Pág. 30

El entorno más inmediato que conoce el niño es el hogar en que nace.

En ese singular ambiente personal crece y se desarrolla hasta alcanzar la madurez de un adulto capaz de formar a su vez su propio hogar, siempre que encuentre en él los estímulos y ejemplos de moralidad que le garantice un desarrollo pleno.

Los hijos son las víctimas más frágiles, indefensos del maltrato, de los descuidos en el hogar.

En el **Art. 11 numeral 5 de la Constitución de la República**, expresa:

*“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”*<sup>84</sup>

Pero este acuerdo solo lo encontraremos en los padres responsables, conscientes, cultos y que quieren a sus hijos, llegando a una solución por demás justa en beneficio del menor.

## **REGIMEN DE VISITAS**

### **Concepto del Régimen de visitas**

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

*“El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de orden natural, por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos”*<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Constitución de la República del Ecuador. ISBN N° 978-9978-86-811-9. Año mayo 2009. Quito-Ecuador. Título II. Derechos. Capítulo I. Principios de aplicación de los derechos. Art. 11 numeral 1. Pág. 5

<sup>85</sup> Menores, Martha N. Stilerman, Editorial Universidad S.R.I., Tomo1, Buenos Aires, Argentina, Año 1991, Pág. 146.

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

*“Es el derecho que tienen los padres o los familiares para ser visitados por sus hijos o consanguíneos menores de edad, con la frecuencia y libertad que el Juzgado de la Niñez y Adolescencia, o el Juez de lo Civil respectivo estimare conveniente, en los que se fijan los días y la hora en que dichos menores deban visitarlos, y ser devueltos a la persona que goza de la Tenencia del Menor de acuerdo a lo establecido en la respectiva resolución”<sup>86</sup>*

En la **Tesis Doctoral** - Proyecto de ley Sobre el Régimen de Visitas de los hijos de cónyuges separados y divorciados en Colombia, Presentado por **María Cristina Parra Caicedo**, se define a esta desde el siguiente punto de vista.

*“El Régimen de Visitas debe establecerse con mira a lograr una junta media entre el padre que obtuvo la custodia y el otro, quien generalmente se ve sujeto al arbitrio y exigencia del Primero”<sup>87</sup>*

El objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principal que no se desnaturalice la relación con sus padres, ya que el Régimen de Visitas es el derecho concedido por la Ley en favor de uno de los padres, pariente más cercano e inclusive a un tercero, que le ha sido privado de la Tenencia del

---

<sup>86</sup> Dr. Rubén Aguirre A. La Tenencia de Menores en el Ecuador, Editorial Cárdenas, Quito Ecuador, 1 Edición, Pág. 147

<sup>87</sup> www.Yahoo.com. Pontificación Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, D.E. 1987, Pág. 170-171.

menor, para visitar o ser visitado por éste en la forma y la frecuencia que la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia lo fije al expedir el fallo de la Tenencia.

### **Ámbito del Régimen de Visitas.**

**El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 122**, determina que:

*“En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la Patria Potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija”<sup>88</sup>.*

### **Prohibición de Visitas.**

**El Art. 122 segundo inciso del Código de la Niñez y la Adolescencia**, dice:

*“Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión”<sup>89</sup>*

**El Art. 272 del Código Civil** vigente sobre el régimen de visitas dice:

*“No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a estos con la frecuencia y libertad que el Juez estimare conveniente”<sup>90</sup>*

El Juzgado al dictar los fallos sobre la Tenencia regulará las visitas que se deban realizar entre el menor y sus padres; respetando la regulación de

---

<sup>88</sup> Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. ISBN ° 9978-86-488-1. Año Julio 2009. Art. 122 Pág. 31

<sup>89</sup> Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. ISBN ° 9978-86-488-1. Año Julio 2009. Art. 122 Pág. 31

<sup>90</sup> Código Civil. Del arco ediciones. Cuenca –Ecuador. Año 2007. Art. 272. Pág. 67

visitas, en los casos en que no hubiera llegado a conocimiento de esta Judicatura sobre el acuerdo a que llegan las partes en forma extra judicial, respecto de la tenencia de los hijos, cuando estos no lo cumplen en forma regular y de acuerdo a lo pactado, esta institución de la Tenencia, como sucede frecuentemente, por ser competente procederá en la misma forma que se determina en el artículo invocado

### **Incumplimiento del Régimen de Visitas.**

El **Artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia** establece normas para el incumplimiento del régimen de visitas y determina textualmente lo siguiente:

*“El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija, cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución”<sup>91</sup>.*

Una vez que se obtiene el derecho a la visita del menor, por alguno de los parientes legítimos facultados para ejercerla, el Juzgado debe consignar en la respectiva resolución los acuerdos logrados en el avenimiento o en su defecto, atendiendo las circunstancias acreditadas, imponiendo su potestad y regulando el modo, caracteres, tiempo en que se lleve a efecto, e individualizando a los beneficiarios.

Es muy frecuente que las personas que intervienen, respondiendo a variadas motivaciones impidan o se extralimiten en las facultades reconocidas por la Unidad, con lo cual incurren en infracciones que el Código ha previsto y lo sanciona

---

<sup>91</sup> Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. ISBN ° 9978-86-488-1. Año Julio 2009. Art. 125  
Pág. 31

## **Regulación del Régimen de Visitas.**

En el Libro escrito por la **Dra. Daysi vega de Sempertegui y el Dr. Walter Sempertegui Pesantez** expresan sobre la regulación de Visitas de la siguiente forma:

*“Es un Derecho que tienen los padres para sus hijos, después de haber una ruptura o separación de hogar sea, este de hecho o de derecho, para visitar a sus hijos siempre que se le esté proporcionando alimentos a sus hijos encontrándose fuera del hogar”<sup>92</sup>*

**El Art. 123 del Código de la Niñez y la Adolescencia expresa Forma de regular el régimen de vistas:**

*“Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 en el inciso final de dicho artículo.*

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

- 1-Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,*
- 2- Los informes técnicos que estimen necesarios.”<sup>93</sup>*

Si la Tenencia se cambiara en la Audiencia de Conciliación, cuando se ha solicitado la Tenencia del Menor, la parte afectada puede pedir que se regulen las visitas en la misma, por lo que el Juzgado, considerando las

---

<sup>92</sup> Dra. Deysi Aveiga de Semperteguy y otro. Normas de Procedimientos para la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador. Editorial Jurídica Miguez & Mosquera. Primera Edición. Guayaquil, Ecuador. Año 2003. Pág. 79.

<sup>93</sup> Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. ISBN ° 9978-86-488-1. Año Julio 2009. Art. 123. Pág. 31

causales que motiven la misma y siempre en beneficio para el menor, procederá a regular las visitas, señalando el día y hora que comiencen las mismas, así como el día y hora en que debe ser devuelto el menor a la persona a quien se les ha beneficiado con la Tenencia del Menor.

Para **Agusto C. Belluscio**, manifiesta en su libro titulado derecho de familia, la importancia de conservar las relaciones familiares, y a la falta de esta la necesidad de imponer la tenencia a solo uno de los padres, y textualmente el mencionado autor manifiesta:

*“Actualmente la tenencia es concebida como la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos.*

*Esta institución implica una amalgama de derechos y deberes, impregnada y justificada por la trascendencia que como función social adquiere en la vida social.*

*La finalidad de la tenencia consiste en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo, la cual se ve frustrada si no se consiguen satisfacer determinadas necesidades de los menores de índole afectiva, económica, social y cultural. Las normas de esta institución son de orden público, y por lo tanto imperativas al igual que la mayoría de las normas del derecho de familia, y como consecuencia de ello, no pueden ser dejadas de lado por los particulares, Siguiendo a SALVAT, podemos definir el orden público como el “conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la misma.*

*En éste sentido, si el objeto fin perseguido por la tenencia (protección y formación integral del hijo menor) el cual ha sido consagrado expresamente*

*por el legislador al concederla a los padres, es una cuestión de orden público.*

*La finalidad protectora de la tenencia es única, totalizante y justificadora de tenencia.*

*La tenencia comprende típicos derechos subjetivos familiares, los cuales se conceden más que en el interés del titular, en interés de terceros. Los derechos subjetivos familiares mantienen unidos los derechos y los deberes correlativos. Son derechos que se ejercen como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos y tienen una finalidad moral, de manera que en general, son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos.*

*Para poder cumplir su función social y lograr el desarrollo pleno del hijo como miembro de la sociedad, es menester satisfacer necesidades del menor de variada índole, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas determinadas en la ley civil, sólo en su aspecto mínimo y sin excluir otras que evidencia la aludida finalidad.*

*La legislación ha recorrido un largo camino en la búsqueda de un régimen que sirva de protección de la infancia contra los distintos tipos de maltrato de que son objeto los niños dentro del seno familiar”<sup>94</sup>*

Considero que todo régimen de visitas debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores al que hay que dar prevalencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con su padre, ya que es un medio apropiado y a la falta de compromiso de cualquiera de los padres en mantener relaciones familiares es factible la revocatoria de la tenencia de uno de los padres que

---

<sup>94</sup> Belluscio, Augusto C.: “Manual de derecho de familia.” Tomo I. Editorial Depalma. Bs.As. 1998. Pág. 25.

incumpla este derecho tan primordial como es de los hijos en el de vivir en convivencia y en ambiente familiar.

## **7.- METODOLOGÍA.**

Para la realización del presente trabajo investigativo utilizaré los diferentes métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona; es decir, las formas o medios que nos permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos científico, inductivo y deductivo.

### **7.1. Métodos.**

Los expertos en investigación han determinado la existencia de varios métodos, todos ellos, de fácil aplicación a cualquier tipo de investigación, sin embargo, es el criterio epistemológico de los investigadores lo que determina la utilización de tal o cual método para llevar a cabo este proceso.

Bajo estas consideraciones, en la presente investigación utilizaré diferentes métodos y técnicas aplicado a las ciencias jurídicas, que implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales.

De modo concreto procuraré efectivizar el cumplimiento de la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales y que las Leyes mantengan la concordancia necesaria con la Ley de Leyes.

Durante este proceso investigativo, aplicaré los siguientes métodos.

**Método Científico**, es el instrumento adecuado que permite llegar al

conocimiento de los fenómenos que se producen en la sociedad.

**Método Inductivo y Deductivo**, que me permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo particular a lo general y viceversa.

**Método Histórico**, me permitirá conocer el pasado del problema, su origen y evolución; y así, realizar una diferencia con la realidad que actualmente vivimos, así como la historia y evolución de las normas legales.

**Método Descriptivo**, compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema; y, demostrar los vacíos existentes.

**Método Analítico**, servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social, jurídico y político; y, analizar sus efectos.

**Método Sintético**, me permitirá sintetizar lo que dice un autor, reduciendo al máximo la cita. (Cita contextual)

**Método Exegético**, el mismo que me permitirá la aclaración e interpretación de las normas legales.

**Método Estadístico**, que me permitirá demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos.

**Método Mayéutico**, que me servirá para elaborar el banco de preguntas de la encuesta y entrevista.

## **7.2. Procedimientos y Técnicas.**

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

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión de las personas conocedoras de la problemática. Previo al muestreo poblacional.

Las entrevistas serán aplicadas a cinco personas y las encuestas a treinta profesionales del derecho especializado en la problemática.

Los resultados de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirven para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

### **7.3. Esquema Provisional del Informe Final.**

El informe final de la investigación socio- jurídica propuesta, seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Recomendaciones; Bibliografía y Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, con la siguiente lógica:

#### **Acopio Teórico:**

- a. Marco Conceptual; Causas que originan la tenencia, Definición de tenencia, Patria potestad, Régimen de Visitas.
- b. Marco Jurídico; Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales, Código Civil, Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.
- c. Criterios Doctrinarios; Consulta de Autores Nacionales y Extranjeros sobre la problemática.

### **Acopio Empírico:**

- a. Presentación y análisis de los resultados de las encuestas,
- b. Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas;
- c. Estudios de Casos

### **Síntesis de la Investigación Jurídica:**

- a. Indicadores de verificación de los objetivos,
- b. Contrastación de hipótesis,
- c. Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma,
- d. Deducción de conclusiones,
- e. Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

## 8. CRONOGRAMA

<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <span>Actividades</span> <span>Tiempo</span> </div>	AÑO					
	2015					
	Mayo	Junio	Agost	Sept	Octub	Novie
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio.	█	█	█			
Elaboración del Proyecto de Investigación y Aplicación.		█	█			
Investigación Bibliográfica.			█	█		
Investigación de Campo.				█	█	
Contrastación 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. <b>(tesis)</b>						█

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

### 9.1. Recursos Humanos:

**Director de Tesis:** Por designarse.

**Encuestados:** 30 personas seleccionadas por muestreo.

**Entrevistas:** 5 profesionales conocedores de la problemática.

**Postulante:** Rocío del Cisne Villavicencio Guevara.

### 9.2. Recursos Materiales y Costos.

<b>Materiales</b>	<b>Valor</b>
Libros	100,00
Separatas de texto	50,00
Hojas	50,00
Copias	100,00
Internet	100,00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	200,00
Transporte	100,00
Imprevistos	100,00
Reproducción de los ejemplares de borrador	150,00
<b>Total</b>	<b>950,00</b>

### 9.3. Financiamiento.

Los egresos económicos dados en el desarrollo del trabajo investigativo, serán financiados por la postulante, los mismos que ascienden a *novecientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica*.

### 10. BIBLIOGRAFIA:

- ✓ Belluscio, Augusto C.: "Manual de derecho de familia." Tomo I. Editorial Depalma. Bs.As. 1998
- ✓ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición XXV, Editorial Heliasta S.R.C, Tomo VIII, año 1997.
- ✓ Código Civil. Del arco ediciones. Cuenca –Ecuador. Año 2007.
- ✓ Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. ISBN ° 9978-86-488-1. Año Julio 2009.
- ✓ Constitución de la República del Ecuador. ISBN N° 978-9978-86-811-9. Año mayo 2009. Quito-Ecuador.
- ✓ Dra. Deysi Aveiga de Semperteguy y otro. Normas de Procedimientos para la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador. Editorial Jurídica Miguez & Mosquera. Primera Edición. Guayaquil, Ecuador. Año 2003.
- ✓ <http://www.proyectopv.org/2-verdad/relacionesfamapsic.htm> - Página de la vida.
- ✓ Menores, Martha N. Stilerman, Editorial Universidad S.R.I, Tomo1, Buenos Aires, Argentina, Año 1991.
- ✓ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española Edición XXI. Editorial Espasa S.A. Tomo II. 1997.

- ✓ Rubén Aguirre. La tenencia de menores en el Ecuador. I Edición.  
Editorial Graficas Cárdenas. Quito.
- ✓ www.Yahoo.com. Pontificación Universidad Javeriana, Bogotá,  
Colombia, D.E. 1987.

## ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
3. INTRODUCCIÓN.....	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	7
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	82
6. RESULTADOS.....	84
7. DISCUSIÓN.....	112
8. CONCLUSIONES.....	120

9. RECOMENDACIONES.....	122
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	124
10. BIBLIOGRAFÍA.....	127
11. ANEXOS.....	131
INDICE.....	160