



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

**TÍTULO:**

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL  
CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS  
HIJOS IMPÚBERES”**

Tesis previa a optar por el Título de  
Abogado.

**Postulante: Julia Elina Barba Vásquez**

**Director: Dr. Marcelo Costa Cevallos, Mg. Sc.**

Loja – Ecuador  
2014

## CERTIFICACIÓN

Dr. Marcelo Costa Cevallos, Mg. Sc.

CATEDRÁTICO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA, EN LA  
CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA,

CERTIFICA

Que el trabajo de investigación intitulado: "NECESIDAD DE REFORMAER  
EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓNA LA  
CUSTODIA DE LOS HIJOS IMPÚBERES" de autoría de la señora Julia  
Elina Barba Vásquez, previo a la obtención de Abogada, ha sido revisada  
prolijamente en su contenido teórico y práctico, por lo que me permito  
autorizar su presentación ante el tribunal de grado correspondiente.

Loja, septiembre del 2014



Dr. Marcelo Costa Cevallos, Mg. Sc

DIRECTOR DE TESIS

## AUTORIA

Yo, Julia Elina Barba Vásquez, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicas 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:** Julia Elina Barba Vásquez

**Firma:**



**Cédula:** 2100019054

**Fecha:** Loja, Noviembre del 2014

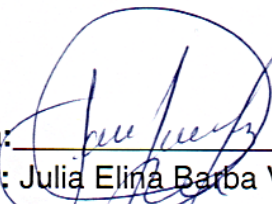
**CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR,  
PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL, Y  
PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO**

Yo, Julia Elina Barba Vásquez, declaro ser autor de la tesis Titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS IMPÚBERES”**. Como requisito para optar al título de **Abogado**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

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

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

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 04 días del mes de Noviembre del dos mil catorce, firma el autor.

**Firma:** 

**Autor:** Julia Elina Barba Vásquez

**Cedula:** 2100019054

**Dirección:** Lago Agrio, Lotización el Chofer 2, calles Tungurahua y los Andes

**Correo Electrónico:** juliabarbavasquez@yahoo.es

**Teléfono:** 062362394

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**

**Director de Tesis:** Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.

**Tribunal de Grado:**

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg, Sc.	PRESIDENTE
Dr. Felipe Neptali Solano Mg, Sc.	VOCAL
Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg, Sc	VOCAL

## **AGRADECIMIENTO**

Al finalizar el presente trabajo de investigación dejo constancia de mi sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia (MED), en las personas de sus autoridades y sus valiosos Catedráticos de la Carrera de Derecho, los mismos que con sus sabios conocimientos y experiencias me han orientado para el alcance de mi objetivo profesional.

De la misma forma expreso un efusivo agradecimiento al Dr. Marcelo Costa Cevallos, Ilustre Catedrático Universitario, quien, con su vasto conocimiento y profesionalismo dirigió este trabajo.

La autora

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de investigación, se lo dedico en primer lugar a Dios, quien con su luz y sabiduría me ha guiado en el camino de la superación personal y profesional.

A mi esposo, mi hija, mis hijos y demás familiares, que de una u otra forma han contribuido y ayudado a cristalizar esta segunda profesión, que será de mucho beneficio personal, familiar y para la sociedad en la cual me desenvuelvo.

LA AUTORA

## **TABLA DE CONTENIDOS**

1. TÍTULO.
2. RESUMEN
  - 2.1 Abstract.
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
  - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
    - 4.1.1. Derechos de protección
    - 4.1.2. Grupos vulnerables
    - 4.1.3. Mujer
    - 4.1.4. Niños y adolescentes
    - 4.1.5. Violencia familiar
    - 4.1.6. Igualdad
    - 4.1.7. No discriminación
    - 4.1.8. Familia
    - 4.1.9. Derechos y obligaciones
    - 4.1.10. Divorcio por mutuo consentimiento
    - 4.1.11. Madre
    - 4.1.12. Cuidado
    - 4.1.13. Protección
    - 4.1.14. Hijos impúberes
    - 4.1.15. Responsabilidad compartida

## 4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Violación en la custodia de los hijos

4.2.2. Medidas de protección relacionadas con la familia.

## 4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Código Civil.

## 5. MATERIALES Y MÉTODOS

## 6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

## 7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

## 8. CONCLUSIONES

## 9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma

## 10. BIBLIOGRAFÍA

## 11 ANEXOS

## ÍNDICE



**1. TÍTULO.**

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS IMPÚBERES”**

## **2. RESUMEN**

La protección de derechos de grupos vulnerables en el ámbito social siempre ha estado vinculada a la protección de la mujer y de los niños y adolescentes. Sin embargo, estas situaciones en los contextos contemporáneos van generando nuevas situaciones de violencia familiar tanto a la ley como a la práctica judicial.

La Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación, es por ello que la familia tiene derecho y obligaciones que cumplir en todos los ámbitos y no deben obviar sus responsabilidades.

El artículo 108 numeral 1 del Código Civil, se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, lo cual violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida.

Cuando en un divorcio por mutuo consentimiento se le otorga el cuidado de los hijos impúberes solo a la madre y que el padre asuma la responsabilidad económica, conlleva a discriminar al cuidado que debe asumir el padre, en un divorcio solo la madre se dedicará al cuidado, pues tiene que trabajar

para su sustento como mujer, el aporte que da el padre es solo para los hijos, y no puede decirse que el cuidado es netamente a campo de la madre porque muchas de las veces por su labor tiene que ausentarse de la casa y cumplir actividades laborales, que a la vez lo cumplen los padres, con lo cual se discrimina la responsabilidad del hombre frente al cuidado de los hijos, ya que tiene los mismos afectos y capacidades para hacerlo y muchos de los padres desear cuidarlos y no pueden por no estar permitido en la normativa civil.

## **2.1 Abstract.**

The protection of rights of vulnerable groups in the social field has always been linked to the protection of women and children and adolescents. However, these situations in contemporary contexts are generating new situations of family violence both law and judicial practice.

The Constitution of the Republic of Ecuador guarantees all members of the family without distinction, the right to equality and non-discrimination, which is why the family has the right and obligations to fulfill in all areas and must not ignore their responsibilities.

Article 108 paragraph 1 of the Civil Code refers to divorce by mutual consent, where the judge gives the divorced mother, the care and protection of prepubescent children, regardless of sex, which violates the rights of parents and children, because the responsibility of each of the spouses should be noted and may not leave the load carried one, but should be a shared responsibility.

When you are given the care of prepubescent children only mother in a divorce by mutual consent and the parent assumes financial responsibility, leading to discriminate the care they should take the father in a divorce single mother will be devoted to the care therefore have to work for their living as a woman, the contribution that gives the father is only for children, and can not

be said that care is clearly a field of mother because many times their work has to be absent from house and enforce labor activities, while the parents meet, whereupon the responsibility of man is discriminated against childcare because it has the same emotions and capacity to do and a lot of parents want to care and not they can not be allowed in civil law.

### **3. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica ecuatoriana actual; ya que, luego de realizar un análisis socio-jurídico de la Ley de Seguridad Social de nuestro país, con un enfoque solidario, de servicio, desarrollo humano y como es de conocimiento público, que se está preparando una reforma profunda e integral a la Ley de Seguridad Social, por parte de la función ejecutiva y que muy probablemente en los próximos meses, se presentará dicho proyecto a la Asamblea Nacional, para que inicie el trámite pertinente; por eso, es el momento oportuno para incluir la propuesta de incorporación normativa de los articulados planteados en esta tesis, que garanticen y hagan efectivo el ejercicio del derecho a la seguridad social y jubilación universal de las adultas y adultos mayores que no han estado afiliados al IESS o que por la insuficiencia de sus aportes de acuerdo a los normas legales vigentes, no les permitan acceder a los beneficios de la seguridad social.

En el marco de la investigación de campo, se incorpora la información proporcionada por los abogados de Sucumbíos, los mismos que de forma unánime manifiestan que la falta de norma legal específica en la Ley de Seguridad Social, impide que la mayoría de las personas adultas y adultos mayores accedan al ejercicio de los derechos y beneficios que brinda la seguridad social y la jubilación

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analizan los siguientes contenidos: Marco Conceptual de La Seguridad Social en el Ecuador, Adultas y adultos mayores; Marco Doctrinario: El seguro que debe cubrir el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Responsabilidad patronal para la jubilación del trabajador, criterios de la igualdad y no discriminación; y, Marco Jurídico que comprende derechos de las personas adultas mayores, Ley del Anciano y la Ley de Seguridad Social.

Después de la revisión pormenorizada de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se exponen los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas, entrevistas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma jurídica.

## 4. REVISIÓN DE LITERATURA

### 4.1. MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.1. Derechos de protección

El principio de protección se encuentra inmersa la integridad personas, y a criterio del tratadista Manuel Sánchez Zuraty, ésta consiste en el "*conjunto de atributos físicos y espirituales que conforman la integridad humana. La persona se entiende conformada por un elemento material, en el que constan todos los órganos corporales que dan lugar fisiológicamente a la vida; y, por un elemento espiritual, que consiste en todas las facultades intelectuales, psicológicas y morales que comprenden la personalidad del hombre.*"<sup>1</sup>

La protección como derechos constituyen un conjunto de propiedades o condiciones comunes a las personas, en respeto a su dignidad humana, la cual protege la integridad física, psicológico y moral por los diferente entes u organismos del Estado o particulares en respetar sus propiedades como individuos en relación a la personalidad de la persona.

El tratadista Carlos Creus argumenta que "*la ley no protege y garantiza a cada uno de los órganos del ente humano por separado, sino se protege la*

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Manuel. Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato. 1989. p. 78.



*integridad física del ser humano en su totalidad. Es decir, se tiende a preservar el funcionamiento vital en todo su contexto, como denominación de integridad física del individuo.”<sup>2</sup>*

La norma constitucional establece los principios de protección de las personas, pero son las normas secundarias las que determinan el cumplimiento de los principios, se regula el respeto de la integridad personal. Los derechos protegidos actualmente no son solo de tipo social sino que es constitucional de derechos, en que ninguno es superior al otro, y todos se concatenan para el fiel cumplimiento y respeto de la persona dentro de su integridad física.

#### **4.1.2. Grupos vulnerables**

Galo Espinosa Merino enuncia que vulnerar es “Dañar, perjudicar, infringir, quebrantar”.<sup>3</sup>

Los grupos vulnerables son personas que reciben una atención especial, no de tipo de inferioridad sino de protección por su situación de diferencia con las personas en general como son los niños, niñas y adolescentes, que por su situación de edad necesitan el cuidado especial y protección de Estado para el cumplimiento de sus derechos, a parte de los derechos comunes a que tienen derechos.

---

<sup>2</sup> CREUS, Carlos. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1983. p. 6.

<sup>3</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., Volumen II, p. 758

Los niños, niñas y adolescentes necesitan de la afectividad de sus padres, esto no quiere decir que ellos deben estar unidos por ley, sino que, por cualquier circunstancias deben tener el cariño y el apoyo en todo los ámbitos para tener una buena educación de sus hijos, ya que por la edad que atraviesan y por ser personas en desarrollo necesitan ser guiados por sus progenitores y ser en lo posterior personas de bien, y que presten servicios a la sociedad.

#### **4.1.3. Mujer**

Galo Espinosa Merino, señala que mujer, es “*La persona de sexo femenino. La que ha llegado a la edad de la pubertad. La sacada, con relación al marido*”<sup>4</sup>

La mujer es la persona de sexo femenino, refiriéndose dentro de la familia la pareja en relación al marido, la cual se le ha dado un papel de cuidado a los hijos, pero que a menudo a eso ha cambiado por cuanto se ha preparado y está llevando las riendas del hogar, y ya no es considerada una simple hembra encargada de los quehaceres del hogar y del cuidado de los hijos. La mujer es la personas que está al frente del hogar o que están pendiente de que nada le falte, y que por su situación de afecto es la personas representare del hogar.

---

<sup>4</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: La más práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 489

#### 4.1.4. Niños y adolescentes

En cuanto al niño se refiere a la niñez que es *“El periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”*<sup>5</sup>

La niñez es un periodo de la vida de la persona que comienza con una etapa de la vida donde va creciendo y madurando con el pasar del tiempo donde su cuerpo se transforma a la etapa de la pubertad como la primera etapa de la adolescencia y de la juventud. Las diferencias corporales entre niños varones y niñas antes de la pubertad son casi únicamente sus genitales. Durante la pubertad se notan diferencias más grandes en cuanto a tamaño, forma, composición y desarrollo funcional en muchas estructuras y sistemas del cuerpo.

Para Manuel Ossorio niño es *“El ser humano durante la niñez. Periodo de la vida desde el nacimiento hasta los 7 años cumplidos, en que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio. En lo civil implica plena incapacidad de obrar, y en lo penal total impunidad”*<sup>6</sup>

El niño es el varón de sexo masculino que por su diferencia con la niña son los genitales, que llevan el pene y sus componentes como órgano sexual

---

<sup>5</sup> DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 666

<sup>6</sup> OSSORIO MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, HeditorialHeliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 614

masculino. El niño tiene un periodo que comienza desde el nacimiento hasta los 7 años cumplidos, en la cual adquieren los conocimientos por la cual se desenvuelve la sociedad con lo cual obra de acuerdo a su raciocinio, se india la impunidad de ellos en los delitos, ya que por su situación de tal se entiende que aún no tienen el entendimiento necesario para ser responsable de un acto que en la legislación penal es considerado un delito..

Adolescente para Galos Espinosa Merino es la persona “*Que está en la adolescencia*”<sup>7</sup>

El adolescente es la etapa de la vida que comienza con la pubertad de la persona, la que tienen mayor edad que el de la niñez, que ha dejado de ser niño para convertirse en un hombrecito o que está atravesando una etapa para llegar a la madurez.

Adolescente para Víctor de Santo es el “*periodo de vida que sucede a la niñez y que comprende desde los primeros indicios de la pubertad hasta el completo y total desarrollo del cuerpo*”<sup>8</sup>

Como dispone el concepto anterior la adolescencia tiene un periodo que comprende desde la pubertad, que es la etapa inicial de la adolescencia en el cual se producen transformaciones que determinan el final de la niñez y el

---

<sup>7</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 40

<sup>8</sup> DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 75

inicio del desarrollo de la etapa de adultez, constituyendo una etapa en la cual se desarrolla el cuerpo. El proceso de modificaciones físicas de la pubertad convierte al infante en un adulto ya apto para reproducirse sexualmente.

#### **4.1.5. Violencia familiar**

Violencia significa: *“La fuerza que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por medios a los que no puede resistir. No hay consentimiento donde hay violencia”*.<sup>9</sup>

La violencia es el uso de la fuerza de uno contra otra persona, la que puede ser física utilizando la fuerza, psicológica que es la agresión de manera verbal en que se establece un tipo de daño a nivel psicológico o emocional de las personas agredidas y moral o de intimidación la cual infringe injurias o amenazas como un temor fundado a hacer sufrir un mal inminente y grave a la persona.

Sobre la violencia Guillermo Cabanellas señala: *“Situación o estado contrario o naturaleza, modo o índole. Empleo de la fuerza para arrancar el consentimiento. Ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud. Coacción, a fin de que se haga lo que uno no quiere, o se abstenga de lo que sin ello se querría o se podría hacer. Presión moral.*

---

<sup>9</sup> Dr. ROMBOLA, Néstor y Dr. REBOIRAS, Lucio, Diccionario Ruy Díaz, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires Argentina, año 2004, Pág. 467

*Opresión. Fuerza. Todo acto contra justicia y razón. Proceder contra la moralidad o naturaleza. Modo compulsivo o brutal para obligar a algo*".<sup>10</sup>

La violencia familiar es el uso de diferentes tipos como físico, psicológica o moral que involucra a miembros de la familia como ser el marido o conviviente contra la esposa o concubina, o los padres contra sus hijos o miembros consanguíneos cercanos como primos, sobrinos o abuelos, en la cual siempre debe existir un agresor y una víctima para lo cual se establece una protección penal especial, por estar vinculada la familia, que tienen su denominador común violencia contra la mujer y la familia.

#### **4.1.6. Igualdad**

Igualdad para Guillermo Cabanellas es "*Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes. Correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo. Trato uniforme en situaciones similares. Ante la ley. La propia generalidad de la ley (pues si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equipar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concurra identidad de circunstancias; porque, en caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato; ambos son poseedores, pero ningún legislador se ha decidido a tratar lo mismo al de*

---

<sup>10</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires Argentina, 1998, Pág. 410

*buena fe que al de mala fe, ni para adquirir, ni en cuanto al resarcimiento por gastos, mejoras y otras causas”.*<sup>11</sup>

Las personas somos iguales ante la ley, en todos los ámbitos de aplicación, como es el caso del cuidado de los hijos por situación de divorcio entre los cónyuges se establece el cuidado de la madre de todo hijo impúber, con lo cual se asume la responsabilidad solo en la madre al cuidado de los hijos, pero que se omite todo tipo de responsabilidad de cuidado que debe tener el padre y por ende el estado afectivo entre padres e hijos van desapareciendo por el hecho que la ley determina que ese cuidado solo la deben tener bajo el predominio de la madre.

Manuel Ossorio explica que igualdad es *“Del concepto genérico, como conformidad de una cosa con otra en naturaleza, calidad o cantidad, se desprenden diversas consecuencias que pueden afectar el orden jurídico. La primera de ellas tiene su origen en la determinación de si la idea de igualdad representa una realidad o una mera teoría. No puede llegarse a una conclusión sin distinguir entre el hombre considerado en sus condiciones naturales, como criatura humana, y el hombre con relación a sus características, como integrante de una sociedad organizada. En el primer sentido no puede decirse que exista igualdad, aun cuando se dé semejanza, porque no todas las personas tienen el mismo grado de inteligencia, fortaleza, de belleza, de iniciativa, de valor. De esas diferencias se deriva*

---

<sup>11</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 1998, p.194

*una consideración distinta de los hombres frente a la ley, afirmación que debe tomarse en el sentido de que, mientras unos tienen plena capacidad para gobernar sus actos por sí mismos, otros, en razón de la edad, de la deficiencia mental o de la enfermedad y hasta, en ocasiones, del sexo, no tienen capacidad para actuar jurídicamente o la tienen disminuida. Inclusive frente a un mismo hecho delictivo, esa misma diferencia de condiciones personales puede llevar desde la plena imputabilidad del acto hasta la absoluta inimputabilidad. De ahí que el concepto igualitario esté referido a las personas- ya que no idénticas, porque ello es imposible- de características semejantes, dentro de una normalidad natural. Por eso se ha dicho que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales”.*<sup>12</sup>

La falta de responsabilidad compartida para el cuidado de los hijos impúberes, no es su situación que la madre es apta para su cuidado, sino que es el machismo que ha predominado en la normativa legal y por ende afecta el orden jurídico de responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo, no de tipo económico sino de tipo emocional en el desarrollo del estado emocional de los niños, niñas y adolescentes. Con la igualdad determinada en la ley no debe haber una consideración distinta en la ley por el hecho del cuidado de los hijos, sino que se debe mirar su situación afectiva entre el padre – hijos, madre – hijos.

---

<sup>12</sup> OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p.465



Para Francisco Córdova *“La igualdad y la no discriminación son la expresión del principio de igualdad jurídica, que formula un derecho de los hombres a participar del bien común, en condiciones de igualdad, sin discriminaciones...”*<sup>13</sup>

La igualdad de las personas debe aplicarse en todos los ámbitos como es la tenencia y cuidado de los hijos, si los cuida el padre, no significa que le quita su tenencia, sino que debe establecerse un tiempo que deben estar bajo el cuidado de uno de ellos y otro tiempo bajo el cuidado del otro, esta responsabilidad compartida es una expresión de igualdad jurídica, donde los hombres y mujeres responden de forma participativa del cuidado de los hijos.

#### **4.1.7. No discriminación**

Guillermo Cabanellas expone que discriminación es *“Acción y efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros.*

*El problema de la discriminación racial ha dado origen a muy graves cuestiones a través de los siglos y ha adquirido caracteres verdaderamente pavorosos con la implantación de los modernos regímenes totalitarios de*

---

<sup>13</sup> CÓRDOVA; Francisco: La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, 1995, pág. 200

*uno y otro signo, pero de modo especial en la etapa de la Alemania nazi. Y, aun fuera de ella, la discriminación racial sigue constituyendo un tema de apasionada discusión doctrinal, con las inevitables derivaciones prácticas, en los países en que conviven tensamente razas blanca y negra, semitas y antisemitas, católicos y protestantes u otros sectores sacudidos por antagonismos irascibles”.*<sup>14</sup>

Cuando en un divorcio por mutuo consentimiento se le otorga el cuidado de los hijos impúberes solo a la madre y que el padre asuma la responsabilidad económica, conlleva a discriminar al cuidado que debe asumir el padre, en un divorcio solo la madre se dedicará al cuidado, pues tiene que trabajar para su sustento como mujer, el aporte que da el padre es solo para los hijos, y no puede decirse que el cuidado es netamente a campo de la madre porque muchas de las veces por su labor tiene que ausentarse de la casa y cumplir actividades laborales, que a la vez lo cumplen los padres, con lo cual se discrimina la responsabilidad del hombre frente al cuidado de los hijos, ya que tiene los mismos afectos y capacidades para hacerlo y muchos de los padres desear cuidarlos y no pueden por no estar permitido en la normativa civil.

Francisco Córdova indica que: *“La igualdad y la no discriminación son la expresión del principio de igualdad jurídica, que formula un derecho de los*

---

<sup>14</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 1998, p.132

*hombres a participar del bien común, en condiciones de igualdad, sin discriminaciones...*<sup>15</sup>

Si existe responsabilidad compartida en el cuidado de los hijos impúberes conlleva a la igualdad jurídica de cumplir con obligaciones y responsabilidades como padre y madre frente a sus hijos, con lo cual como se indica en la cita anterior se formula un derecho de los hombres a participar de un bien común. El padre no tiene solo la responsabilidad económica para el sustento de los hijos, sino que debe tener un tipo de afecto para que los hijos no se distancien en relación al estado emocional que debe existir entre un padre y un hijo.

#### **4.1.8. Familia**

Guillermo Cabanellas expresa que familia es *“Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. 1 Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, la "gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella". 1 Los hijos o la prole. 1 Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común,*

---

<sup>15</sup> CÓRDOVA; Francisco: La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, 1995, pág. 200

*profesional, ideológica o de otra índole; y así se habla de la familia militar para referirse al ejército en general; y de modo más concreto a los que forman el escalafón profesional de la milicia. 1 Cualquier conjunto numeroso de personas. I También se aplica a los criados de una casa, vivan en ella o no.”<sup>16</sup>*

La familia comprende el conjunto de personas que conviven en una misma casa como padres, hijos, y hasta alguno cercano como abuelos, sobrinos, primos, o entre tíos. Se indica que la familia es la célula fundamental de la sociedad, siendo éste un elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, por cuanto se determina un derecho de protección por parte de la sociedad y del Estado.

Según Federico Engels, la familia ha llegado a existir desde "*un estado primitivo, en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres*"<sup>17</sup>.

La familia surge desde la humanidad misma, que nace de la formación de un hogar para la supervivencia de la especie humana, y lo fisiológico conlleva a la unión en pareja para tener hijos y convivir como un grupo social.

---

<sup>16</sup> CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.166

<sup>17</sup> ENGELS, Federico: EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO. Segunda Edición, Ediciones Claridad, 1974, Guayaquil – Ecuador, p. 28

Juan Larrea Holguín cita a Pío XII en el muy notable Mensaje de Navidad, con motivo de la celebración de los cincuenta años de la Encíclica Social de León XIII, decía: *“La familia tiene derecho a poseer, y en primer lugar a poseer un hogar en el que la vida familiar, material y moralmente sana, pueda desarrollarse plenamente”* y agregaba: *“En segundo lugar es sumamente deseable que cada familia posea un pedazo de suelo nacional, porque entre todos los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada, ninguno es más conforme a la naturaleza, que el terreno, la casa en la que habita la familia, y de cuyos frutos saca en todo o en parte, de qué vivir”*<sup>18</sup>.

La familia tiene derechos y obligaciones, tanto en lo económico como en lo espiritual, ya que no solo el padre o madre debe aportar a la economía del hogar, sino que se necesita de amor, de la comprensión para seguir adelante y educar a los hijos en pro a tener una vida digna en lo posterior. Los derechos y obligaciones no solo la tienen dentro de la familia sino que deben responde de su actuar frente a la sociedad y su aporte ante el Estado para que a la vez sirve como un medio de protección misma en el desenvolvimiento y desarrollo del hogar.

Arturo Valencia Zea en el Manual de Derecho Civil. *“La familia en el sentido restringido, se entiende por familia el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; pero en un sentido más amplio se dice que la familia es el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común*

---

<sup>18</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, El usufructo, derechos de uso y habitación, patrimonio familiar y las servidumbres, 3 volumen, 5, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 70

*se hallan unidas por lazos de parentesco o lo que es lo mismo un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje. En este sentido más amplio la familia está formada por todas las personas actualmente vivas que descienden de un mismo tronco como son: los abuelos, hijos, nietos, etc.”*<sup>19</sup>

La familia es un grupo social, por cuanto se indica reiteradamente que es el núcleo de la sociedad, porque se conforme de padre, madre e hijos, pero debe indicarse que a este grupo se pueden unir en una misma familia: los abuelos, hijos, nietos, etc.

En el sentido amplio la familia según Planiol y Ripert *“Es el conjunto de personas que se hallan vinculados por el matrimonio, la filiación o por la adopción”*<sup>20</sup>

Se indica que la familia es un conjunto de personas que se hayan unidos a un vínculo matrimonial, esto no es tan cierto, pues la pareja actualmente se constituye por unión de hecho, por matrimonio o unión libre, y por eso no dejan de ser una familia; lo que si es que tiene derechos y obligaciones ante sus miembros, constituyendo una filiación ante sus hijos y proveyendo una educación para el crecimiento de sus hijos.

---

<sup>19</sup> VALENCIA ZEA, Arturo Dr. MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA. Pág. 2.

<sup>20</sup> IBIDEM, Pág. 151.

#### 4.1.9. Derechos y obligaciones

Guillermo Cabanellas indica que derechos es *“Dentro de lo estrictamente jurídico el vocablo se emplea pluralizado cuando se refiere a un conjunto de normas o atribuciones que se concede, reivindica o ejerce colectivamente”*.<sup>21</sup>

Las personas en la sociedad tenemos derechos y obligaciones que cumplir, por cuanto se determina un tipo de control social, para que no se desvirtúe o se cometan acciones que van en perjuicio de la misma sociedad. Los derechos nacen de los atributos de la personalidad, que le concede la ley que pueden ejercerse de manera individual o colectiva, todas ellas se encuentran reguladas en las diferentes normas.

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

Los conceptos de derecho positivo y el derecho vigente se pueden reducir a que el primero es el que se aplica y el segundo es el que el órgano

---

<sup>21</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 124

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

legislativo público para ser obedecido en tanto dure su vigencia, mientras no sea sustituido por medio de la abrogación o derogación. Por lo tanto no todo derecho vigente es positivo.

Galo Espinosa Merino, obligación es la *“Obligación o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Aspecto jurídico de la relación jurídica, o situación por virtud de la cual una persona llamada deudor se haya comprometido hacer u omitir algo de otra llamada acreedor.”*<sup>23</sup>

Los padres frente a los hijos tienen la obligación de cuidado, protección, que engloba alimentación, salud, nutrición, recreación, deporte, que no pueden dejarse a un lado, caso contrario existen normas que obligan a que los aportes como es el juicio de alimentos. En el caso del divorcio por mutuo acuerdo se establece el cuidado de los hijos impúberes a cargo solo de la madre, acción de determina la restricción de una obligación de afecto de uno de los padres, por cuanto su obligación no solo es el aporte económico sino el cuidado, que entrelaza los afectos emocionales y cariño entre un padre y un hijo.

*“En Derecho, una obligación es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona llamada deudor, queda unida a otra llamada acreedor, para que de una prestación que puede ser dar algo, realizar una acción o mantener una abstención.*

---

<sup>23</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 506



*La obligación jurídica, en Derecho, es un vínculo jurídico mediante el cual dos partes (acreedora y deudora) quedan ligadas, debiendo la parte deudora cumplir con una prestación objeto del contrato. Dicha prestación, deberá consistir en dar, hacer o no hacer, teniendo que ser en los dos primeros casos posibles, lícitos y dentro del comercio de los hombres. Los sujetos obligados, al igual que el objeto de la obligación, deberán estar determinados o ser determinables.*

*El Derecho de obligaciones es la rama encargada de estudiar todo aquello que esté relacionado con la obligación jurídica”<sup>24</sup>*

Las obligaciones se cumplen en la familia por el cuidado que deben como padres frente a sus hijos, su no cumplimiento es motivo para demandar la protección de los hijos que se ha descuidado de protegerlos; estas comprenden procesos de alimentos con pensiones básicas que debe cumplir y abarque nutrición, salud, educación, vestimenta y recreación. Las obligaciones compartidas para el cuidado de los hijos no se reconoce en la legislación civil, siendo una limitante de afecto hacia el padre con el hijo y hasta los afectos con los abuelos paternos, por el cariño que encierra cuando ellos también son parte de una familia.

---

<sup>24</sup> <http://www.mitecnologico.com/Main/ConceptoDeObligacion>

#### 4.1.10. Divorcio por mutuo consentimiento

José García Falcón, en su Manual de Práctica Procesal Civil, El Juicio Verbal Sumario de Divorcio por Causales, da un concepto de lo que es el divorcio *“Llámesese divorcio a la acción o efecto de divorciarse, es decir la acción o efecto de separar el juez competente, por sentencia a dos casados en cuanto a las relaciones que contrajeron en virtud del matrimonio”*<sup>25</sup>

La legislación civil establece dos tipos de divorcio, por mutuo consentimiento que por cualquier causa que pueda existir como cónyuges ha decidido divorciarse sin establecer causal de divorcio, que tienen la voluntad de dar por terminado el divorcio, siendo un trámite que se lleva a cabo ante uno de los jueces de lo civil, o ante notario cuando no existan hijos ni bienes.

Jorge Mario Magallón Ibarra, indica que: *“la palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino divertere, que entraña que cada cual se va por su lado”*<sup>26</sup>.

Con el divorcio por mutuo consentimiento se trata de no dar a conocer las divergencias que pudieron ocasionar para dar por terminado el vínculo matrimonial, que por la voluntad entre cónyuges acuden a un juez a que decida mediante sentencia la terminación del vínculo matrimonial, en donde

---

<sup>25</sup> GARCÍA FALCONÍ: José: El Juicio Verbal Sumario de Divorcio por Causales, Manual de Práctica Procesal Civil, Tercera Edición, Quito-Ecuador, 2001, Pág. 16

<sup>26</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, México, Porrúa, 1988, Tomo III, p. 356

se establecen la condiciones que deben quedar los hijos, para el cuidado y protección y además deciden la repartición de bienes habidos en la sociedad conyugal

La naturaleza del divorcio consensual según el Dr. José García Falconi en su obra el Juicio de divorcio consensual expresa que: *“se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su ‘rescisión por mutuo consentimiento’, Pothier al respecto decía ‘El matrimonio es el más excelente y el más antiguo de los contratos’, pues el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades.”*<sup>27</sup>

Se indica que el matrimonio se asimila a los contratos, pero considero que no es así, por cuando para dar por terminado aquello debe acudir ante un juez de lo civil y decida su terminación, en cambio en los contratos en general se puede de mutuo acuerdo dar por terminado aquel sin la necesidad de acudir a una autoridad judicial para su proceder.

#### **4.1.11. Madre**

Mabel Goldstein indica que madre es la *“Mujer que ha tenido uno o más hijos cuya relación de parentesco es la consanguinidad de primer grado en línea recta femenina, ascendiente o descendente”*<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15

<sup>28</sup> GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 364

La madre es la especie humana femenina, ya que concibe y pare a los hijos, por cuando su cuerpo por fisionomía está apto para que conciba un hijo dentro de su vientre materno y su alumbramiento permite que con sus glándulas mamarias de lactar a bebé para su crecimiento y desarrollo

#### **4.1.12. Cuidado**

*“Cuidado es la acción de cuidar (preservar, guardar, conservar, asistir). El cuidado implica ayudarse a uno mismo o a otro ser vivo, tratar de incrementar su bienestar y evitar que sufra algún perjuicio. También es posible cuidar objetos (como una casa) para impedir que ocurran incidentes tales como daños y robos.”<sup>29</sup>*

El cuidado de los hijos en el divorcio por mutuo consentimiento es una decisión que se toma en sentencia, por acuerdo entre los padres, pero en el caso de los hijos impúberes el cuidado se encuentra bajo la responsabilidad de la madre y el padre debe aportar con una pensión adecuada para su sustento, y se establece el régimen de visitas para que el padre puede ver a sus hijos y estar con ellos. En nuestra legislación no se establece la responsabilidad compartida entre padre y madre en diferente tiempo para que cuiden y vivan sus hijos bajo su cuidado, con lo cual trae como consecuencias de índole afectiva a uno de los cónyuges

---

<sup>29</sup> CUIDADO: <http://definicion.de/cuidado/>

#### **4.1.13. Protección**

Custodia para para Víctor de Santo es la “*protección y amparo*”<sup>30</sup>. La custodia legal viene a constituir el cuidado que se encuentra una persona frente a otras personas, por ejemplo la custodia, en caso divorcio o separación de una pareja en el cuidado de sus hijos.

“En derecho de familia, se denomina custodia legal o guardia legal a la situación jurídica que se da cuando un tribunal otorga, mediante una sentencia, la guardia y custodia de un menor de edad o de un incapacitado a una o a varias personas. Esta situación habitualmente se da en casos de: Separación matrimonial o divorcio de los padres, en cuyo caso es necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (muy distinto a la patria potestad); Orfandad, en donde es necesario buscar a una persona o entidad que se haga cargo de la debida protección de los niños.

#### **4.1.14. Hijos impúberes**

IMPUBER “*Es el período de la vida de los seres humanos anterior a la pubertad, a la época en que comienza a manifestarse la aptitud para la reproducción. El concepto se aplica lo mismo a las mujeres que a los hombres; sin embargo, existe una diferencia, derivada de la duración de esta*

---

<sup>30</sup> DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 326

*etapa en uno u otro sexo. Como regla general puede decirse que la mujer comienza a ser púber a edad más temprana que el hombre*<sup>31</sup>.

Impúber se aplica a la persona que aún no ha llegado a la edad de la pubertad. Es la etapa más susceptible de la persona, es la niñez y se le ha dividido en etapas, por lo que lo determina por la edad. En el caso del cuidado de niños, se trata de una actividad que debe ser llevada a cabo por un adulto que pueda actuar con responsabilidad ante cualquier contingencia.

#### **4.1.15. Responsabilidad compartida**

Dentro del divorcio por mutuo consentimiento no existe la responsabilidad compartida en el cuidado de los hijos, cuando a los hijos impúberes y a las hijas de cualquier edad le corresponde al cuidado de la madre, para lo cual: *“La responsabilidad compartida se conoce como corresponsabilidad. Esto quiere decir que dicha responsabilidad es común a dos o más personas, quienes comparten una obligación o compromiso.”*<sup>32</sup>

La protección de derechos de grupos vulnerables en el ámbito social siempre ha estado vinculada a la protección de la mujer y de los niños y adolescentes. Sin embargo, estas situaciones en los contextos contemporáneos van generando nuevas situaciones de violencia familiar tanto a la ley como a la práctica judicial.

---

<sup>31</sup> Diccionario de ciencias jurídicas y sociales Editorial Eliasta pag. 366

<sup>32</sup> CORRESPONSABILIDAD: <http://definicion.de/corresponsabilidad/>

La Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación, es por ello que la familia tiene derecho y obligaciones que cumplir en todos los ámbitos y no deben obviar sus responsabilidades.

## 4.2. MARCO DOCTRINARIO

### 4.2.1. Violación en la custodia de los hijos

Los efectos como expresa el Dr. Emilio Velasco Célleri, en su libro Sistema Práctico Procesal Civil que: *“ de la sentencia que se dicta en el divorcio por mutuo consentimiento no son los mismo que en los asuntos de jurisdicción voluntaria; en la que las resolución no pasan de autoridad de cosa juzgada material sino formal; mientras que la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial surte efectos irrevocables entre los cónyuges, y son los mismos que se producen cuando se acepta el divorcio por alguna de las causales del Art. 110 del Código Civil ”*<sup>33</sup>

Analizando este criterio puedo decir que el divorcio por mutuo consentimiento tiene efectos de autoridad de cosa juzgada es decir que las decisiones del juez en la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial tiene una inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior.

El trámite que se le da al divorcio por mutuo consentimiento está señalado en los artículos 107 y 108 del Código Sustantivo Civil, pudiendo existir controversias, únicamente, en cuanto a la situación en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio. El

---

<sup>33</sup> VELASCO CÉLLERI, Emilio **Sistema de Práctica Procesal Civil**, Segunda edición, Tomo II, Pudeleco Editores S. A. 1996, Quito-Ecuador, 1996, p. 48



incidente se tramita conforme lo indicado en el inciso 3 del Art. 108 del mencionado Código, esto es cuando los cónyuges, no han llegado a un acuerdo sobre la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad, después del matrimonio de, la forma como deben proveer a la situación personal, educación y sostenimiento de aquellos.

El Dr. Luís Parraguez Ruiz, con respecto al divorcio consensual o por mutuo consentimiento, afirma que: *“no puede conducir a una disolución matrimonial basada nada más que en el capricho o deseo infundado de los cónyuges. Por ellos aducen que esta modalidad no constituye un homenaje a la voluntad, ni tampoco un mecanismo cómodo y fácil para disolver el vínculo matrimonial. No es necesariamente un divorcio sin causa, es simplemente un divorcio sin causa determinada por la ley y aprobada ante los jueces.”*<sup>34</sup>

Una pareja unido en vínculo matrimonial que no se comprenda, y decidan divorciarse, trae consecuencias de índole afectivo en la pareja y frente a los hijos, por cuanto ellos son parte de la afectación que conlleva esta acción. Y uno de los inconvenientes que trae es el cuidado y manutención de los hijos que a cambio de quien le corresponderá, para lo cual toman cuestiones drásticas para que en sentencia se decida su cuidado. Pero cuando no hay un acuerdo su decisión estará a cargo del juez que decide la terminación del vínculo matrimonial, donde otorgará el cuidado de los hijos impúberes a la madre y el padre tendrá derecho a visitas, y se establecerá el aporte

---

<sup>34</sup> PARRAGUEZ RUIZ, Luís: **Manual de Derecho Civil del Ecuador**, Volumen I, Universidad Técnica Particular de Loja, Ediciones Ciencias Jurídicas, Sexta Edición, Enero 1999, Loja – Ecuador, p. 270

económico que debe apoyar el padre en el sustento de sus hijos. Pero aquello no ha solucionado el cuidado que lo puedo pedir el padre y no lo puede hacer por la decisión que tomó el juez; lo cual se hace necesario una responsabilidad compartida, como solución a la controversia suscitada en el cuidado de los hijos

Lo que manifiesta el Dr. Parraguez, implica que en el divorcio consensual con el consentimiento de los cónyuges, se encuentran una o varias causas que motivan a los cónyuges a divorciarse y que aquellas causas no cumplen ningún papel en el procedimiento judicial de divorcio.

El divorcio por mutuo consentimiento, no requiere que se expresen los motivos que llevaron a tal decisión, ni la calificación de causales, de tal modo que no existe término de prueba con este objeto, pues hay una confesión implícita de las partes, de dar por terminado el vínculo conyugal que los une hasta ese momento.

En este caso, se considera a la acción de Divorcio, como que es de interés individual y particular el que prevalece, pues nadie está facultado para indagar a los cónyuges que van a divorciarse los verdaderos motivos de su resolución y en consecuencia debe aceptarse sin más esta acción.

La acción de divorcio consensual es personalísima entre los cónyuges y en este caso solo ellos la pueden pedir y no necesitan invocar ninguna causal, sino la voluntad de divorciarse.

El efecto del divorcio con respecto de los hijos, según el Dr. José García Falconí en su manual de practica procesal civil El juicio de Divorcio Consensual, expresa: *“Se mantiene las mismas obligaciones y derechos, de tenencia, alimentación, educación y vestuario y cesa la presunción de paternidad.”*<sup>35</sup>

Con este criterio puedo señalar que por el hecho del divorcio entre marido y mujer y el cese de sus obligaciones maritales, no quiere decir que los hijos nacidos de este matrimonio queden en la indefensión ya que los ex cónyuges tienen obligaciones para con sus hijos, y éstas se rigen por las mismas reglas de tenencia, alimentación, educación y vestuario, existiendo una cesación de la presunción de la paternidad.

En la terminación del matrimonio, permite tanto marido como mujer, pedir la liquidación de la sociedad conyugal, en el mismo juicio de divorcio, pero, como lo expresa Juan Larrea Holguín en su Compendio de Derecho Civil del Ecuador en que: *“esto no significa que deba necesariamente liquidarse la sociedad conyugal después del divorcio y en juicio aparte”*<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> GARCÍA FALCONI, José: **El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento**, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 27

<sup>36</sup> LARREA HOLGUIN, Juan: **Compendio de Derecho Civil del Ecuador**; Corporación de Estudios y Publicaciones, Editorial La Unión, Quito – Ecuador, 1968, p 387

La liquidación es una consecuencia de la terminación de la sociedad conyugal, y ésta no termina por iniciarse el juicio de divorcio, sino cuando la sentencia se ejecutorie e inscribe, por consiguiente es más lógico que se produzca la liquidación después del divorcio, y si se tramita durante el juicio, surtirá sus efectos en el caso que la sentencia declare el divorcio y se ejecutorie e inscriba.

#### **4.2.2. Medidas de protección relacionadas con la familia.**

Las desigualdades son consustanciales a las personas, son parte de la realidad, por ello afirma el profesor NOGUEIRA ALCALA, Humberto *“se desarrolla la crítica democrática en el siglo XX, que va a otorgar al Estado un mayor protagonismo en la vida social, tratando de corregir las graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndole la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades.”*<sup>37</sup>

Si en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, no se ponen de acuerdo al cuidado de los hijos, se impone el cuidado de los hijos impúberes y de las

---

<sup>37</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto: El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Dike, 1997, pág. 231

mujeres de cualquier a la madre, y que el padre sustente económicamente para la alimentación de los hijos. Pero no se ve el lado humano, por cuanto muchas de las veces un padre se encuentra encariñado de sus hijos que desea vivir con ello, pero no lo puede hacer por no estar permitido en la ley. Una responsabilidad compartida determina el principio de igualdad de oportunidades, ya que si vive un tiempo con su madre y otro con su padre, el hijo va a correlacionar el amor que tiene frente a su progenitores, y el cariño permanecerá y perdurará, disminuyendo el efecto negativo que trae consigo el divorcio de sus padres.

Danilo Zolo expresa que *“El problema de la relación entre libertad e igualdad también sigue sin resolverse porque ciertas libertades fundamentales, aunque potencialmente atribuidas a todos los hombres en cuanto personas, producen desigualdad. Existen derechos de libertad que se concretan en una simple tutela de la «libertad negativa», es decir, en un límite a la intervención del Estado (o de terceros) en la esfera individual, como es el caso de la privacy personal, de la libertad de pensamiento, de la inviolabilidad de domicilio, del secreto en las comunicaciones y, de forma arquetípica, de las garantías procesales del habeas corpus. Pero junto a estos derechos, existen otros, como la autonomía negocial, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de iniciativa económica en el sector de los medios de comunicación de masas, que aparecen dotados de una sobresaliente capacidad adquisitiva ya que su ejercicio, en ciertas condiciones, produce un poder político, económico y comunicativo que se*

*acumula rápidamente en beneficio de sus titulares. Y dado que en una sociedad no planificada, sólo ciertas élites pueden disponer de los recursos políticos, económicos y organizativos necesarios para disfrutar de las propiedades adquisitivas de este tipo de derechos de libertad, cabe deducir que su ejercicio produce desigualdad, pobreza y libertad, exactamente del mismo modo que la economía de mercado produce desigualdad, pobreza y riqueza.<sup>38</sup>*

En la revista Tribuna Democrática se indica que *“Al referirnos a los conflictos y al concepto de género, nos introducimos en una de las muchas fuentes de problemática actual. Ya se ha dicho que el conflicto es parte inminente de las relaciones, pero las relaciones entre mujeres y hombres se encuentran plenamente definidas y socialmente se conoce como roles de género, este concepto hace referencia a decir de Hernández: “a las funciones y responsabilidades, deberes y derechos que -a través de la socialización- se adscribe de manera diferenciada a hombres y mujeres”, estos roles son enseñados desde el seno familiar e involucrados en la sociedad.”<sup>39</sup>*

La legislación civil, se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, lo cual violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad

---

<sup>38</sup> ZOLO, Danilo: Los Fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, cuarta edición, 2009, p. 91

<sup>39</sup> TRIBUNA DEMOCRÁTICA, Ediciones Legales, Año III Número 34, octubre 2011, Corporación MYL, Quito – Ecuador, p. 9

de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida. Existe funciones y responsabilidades, deberes y obligaciones que deben cumplir los padres frente a sus hijos, que por el hecho de divorcio no se debe descuidar, y su cuidado no debe estar inclinado a una de las partes sino que debe existir la responsabilidad compartida por cuanto el niño necesita el afecto de sus padres, y si solo lo cuida la madre conlleva una carga impositiva, por cuanto la ley no permite que el cuidado debe estar a cargo tanto del padre como de la madre.

### 4.3. MARCO JURÍDICO.

#### 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

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

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

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (...).”<sup>40</sup>*

Los Derechos, Deberes y Oportunidades, son para todos por igual, ningún adulto o niño, niña y adolescente en ninguna condición será, discriminado,

---

<sup>40</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 11



esto quiere decir que si los padres se divorcian, tanto la madre y los niños, niñas y adolescentes, tienen el mismo derecho de convivir en un ambiente saludable para todos respetando las condiciones de cada sujeto.

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

*Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”*<sup>41</sup>

Un entorno familiar de afectividad y seguridad mismo que permitirá satisfacer las necesidades afecto-emocionales apoyadas por políticas nacionales para que las niñas, niños y adolescentes puedan desarrollar todos sus potenciales, es necesario considerar todas las instancias legales que

---

<sup>41</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 44

garanticen los derechos de la familia, inclusive de familias de padres divorciados

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

*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar(..).”<sup>42</sup>*

El Estado tiene la obligación de garantizar que Las niñas, niños y adolescentes el derecho a disfrutar de la convivencia familiar, por lo que se hace necesario que el Código Civil en una de sus disposiciones sea reformada para que todos esos derechos sean aplicados.

---

<sup>42</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45

El Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”<sup>43</sup>

La familia como núcleo de la sociedad, representa el equilibrio socio emocional de un comportamiento de las personas en un orden social y jurídico.

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

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

---

<sup>43</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 67

*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>44</sup>*

Para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes La madre y el padre están obligados al cuidado y su crianza en especial cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

El Estado como institución judicial deberá garantizar que cuando los padres se divorcien por mutuo acuerdo el Estado deberá prestar especial atención, para que sus derechos sean respetados.

La igualdad de derechos, se fortalece en la familia cuando el Estado asume el control de las garantías siendo el vigilante del cumplimiento de los deberes y derechos de los integrantes de la familia.

El Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

*1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”<sup>45</sup>*

---

<sup>44</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 69 numerales 1,4 y 5

<sup>45</sup> IBIDEM, Art.76 numeral 1

En el caso que cito corresponde a la autoridad judicial, verificar que los derechos de los integrantes de la familia se están respetando, al momento de que el padre y la madre se divorcian.

El Art. 83 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador señala: son derechos y responsabilidades de los ecuatorianos *“Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme el buen vivir.”*<sup>46</sup>

La responsabilidad comprendida en esta disposición es relevante, porque en él se convergen los tres conceptos básicos del Derecho Constitucional, que expresan objetivos muy relacionados entre sí, todos los cuales se orientan hacia un fin del Estado. Es de suponer, que con esta inclusión el legislador quiso dar una aproximación o quizá equiparación del buen vivir al bien común.

El Art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador indica que; *“Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley;*  
*16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesite”.*<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 83, núm. 7

<sup>47</sup> IBIDEM, Art. 83 numeral 16

La madre y el padre independientemente que estén divorciados entre si, por naturaleza diría yo deben continuar con el proceso de creación de una familia cuando tienen hijos o hijas debido a que ellos les necesitan por igual para fomentar una sociedad más justa.

EL Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*<sup>48</sup>

El artículo 108 numeral 1 del Código Civil, se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, lo cual violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida El cuidado de los hijos impúberes en caso de divorcio por mutuo

---

<sup>48</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 424

consentimiento está a cargo de la madre, con lo cual no existe conformidad con los principios de igualdad ante la ley, ya que la carga al cuidado se inclina ante la madre, desvirtuando la posibilidad que tiene el padre de querer cuidar también a sus hijos, con lo cual lo señalado en la legislación civil no guarda conformidad con la Constitución, siendo necesario la existencia de la responsabilidad compartida para el cuidado de los hijos de cualquier edad.

#### **4.3.2. Código Civil.**

El Art. 107 del Código Civil manifiesta que: *“Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:*

- 1. Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;*
- 2. El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,*

*3. La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.”<sup>49</sup>*

Es así que el divorcio por mutuo acuerdo es la voluntad de las partes. Digamos finalmente que si bien calificamos a esta modalidad de consensual, puesto que nace de la voluntad de las partes, de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedan los hijos menores y en cuyo caso entran a aplicarse las normas del art. 107.

En resumen, el divorcio por mutuo consentimiento en el Código Sustantivo Civil puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial y que puede dar origen a incidencias de carácter contencioso.

El Art. 108 del Código Civil señala: *“Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.*

---

<sup>49</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 107



*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 como 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.*

*Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:*

- 1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;*
- 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”<sup>50</sup>*

Esta regla faculta al Juez dar una solución, cuando se produce un incidente dentro del juicio de divorcio sobre la tenencia de los hijos comunes de los padres divorciados. Esta norma podría permitir nombrar curador adjunto al padre o madre que ejerzan la patria potestad y conforme a él la

---

50 CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108

representación de ciertos casos. El artículo citado al Juez se le faculta solo aplicarlo y no se le da la competencia de actuar bajo los informes psicotécnicos tanto del padre como de la madre garantizando los derechos de los adultos y priorizando los derechos de las niñas niños y adolescentes.

Si los cónyuges no llegaren a acuerdos sobre estas materias, el Juez de la causa aplicará las reglas contenidas en el inciso tercero del mismo artículo 108 del Código Civil, de acuerdo a estas reglas la ley le da poderes al Juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres, convirtiéndose en normas rígidas para resolver la situación de los hijos: 1) Los impúberes hombres o mujeres, y las hijas de toda edad deben quedar al cuidado de la madre; 2) Los varones púberes escogen aquel de los padres a cuyo cuidado deben quedar; 3) Las dos reglas anteriores se alteran por inhabilidad física o moral del padre o madre a cuyo cuidado deberían quedar, o por pasar aquel a nuevo matrimonio; 4) a falta de padres se entrega los hijos a quien debería ejercer la guarda legítima; 5) A falta de todos los anteriores, el juez señalará a un establecimiento de asistencia Social, público o privado o en colocación familiar a un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica.

*“En los juicios de divorcio, el menor de dieciocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial.”<sup>51</sup>*

---

<sup>51</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 111

Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de las hijas e hijos, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos.

El Art. 115 del Código Civil expresa: *“En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.”*<sup>52</sup>

La situación de los hijos la deciden en la audiencia de conciliación o después de ésta, como lo expresa el segundo inciso del artículo 108 del Código Sustantivo Civil: *“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”*<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 115

<sup>53</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108

Esta disposición contempla que en la audiencia pueden convenir la situación en la que van a quedar sus hijos, los cónyuges pueden convenir algo que no sea conveniente para ellos, el juez no tiene en este caso facultad de modificar lo convenido.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1. Métodos**

El desarrollo de la presente tesis, se realizó mediante el método descriptivo y bibliográfico. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La método bibliográfico consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Recurrí a la aplicación del método deductivo, mediante el cual apliqué los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios a analizarse, lo cual me permitió encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos, también me servirá para descubrir consecuencias desconocidas, de principios conocidos.

Utilicé el método inductivo, el que me permitió utilizar el razonamiento para que, partiendo de casos particulares, llegar a conocimientos generales.

El método empírico, se obtuvo de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto de la acción de habeas corpus en la aplicación de los procesos. Así como deben la conveniencia de la aplicación de este recurso ante los jueces y tribunales de nuestro país

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

Finalmente con el método estadístico, nos permitió establecer el porcentaje referente a las encuestas y conocer los resultados positivos o negativos de la hipótesis

## **5.2. Procedimientos y Técnicas.**

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estuvo establecido en que el Código Civil, permita una responsabilidad compartida en caso de la custodia de los hijos, por el divorcio de sus padres.

La investigación de campo se concretó a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las; técnica que se planteó cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevó a fundamentar la Propuesta de Reforma al Código Civil en la adecuada aplicación de la custodia de los hijos por el divorcio de sus padres.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regí por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

Primera pregunta. ¿Cree usted que una familia tiene derechos y obligaciones que cumplir en todos lo ámbito y no tienen que obviar sus responsabilidades?

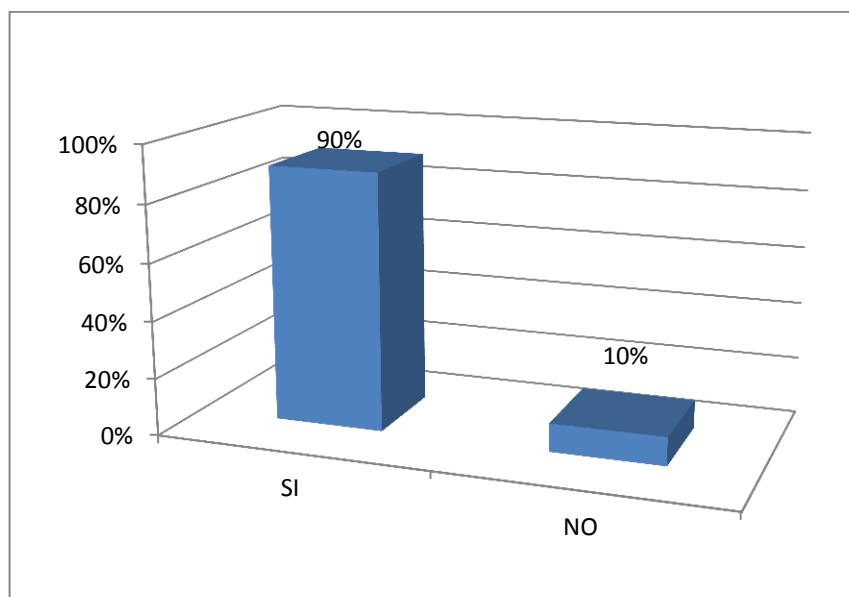
**CUADRO No 1**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Autora: Julia Barba

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

**GRAFICO No 1**





## **INTERPRETACION:**

En cuanto a la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, veintisiete que corresponde el 90% expresaron que la Constitución de la República del Ecuador garantiza a todos los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación; en cambio tres restante que engloba el 10% no están de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación

## **ANALISIS:**

De los resultados obtenidos, se observa que un gran número de encuestados están de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación, es por ello que la familia tiene derecho y obligaciones que cumplir en todos los ámbitos y no deben obviar sus responsabilidades.

Segunda pregunta. ¿Está usted de adecuado que en el caso de divorcio por mutuo consentimiento el juez otorgue a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo?

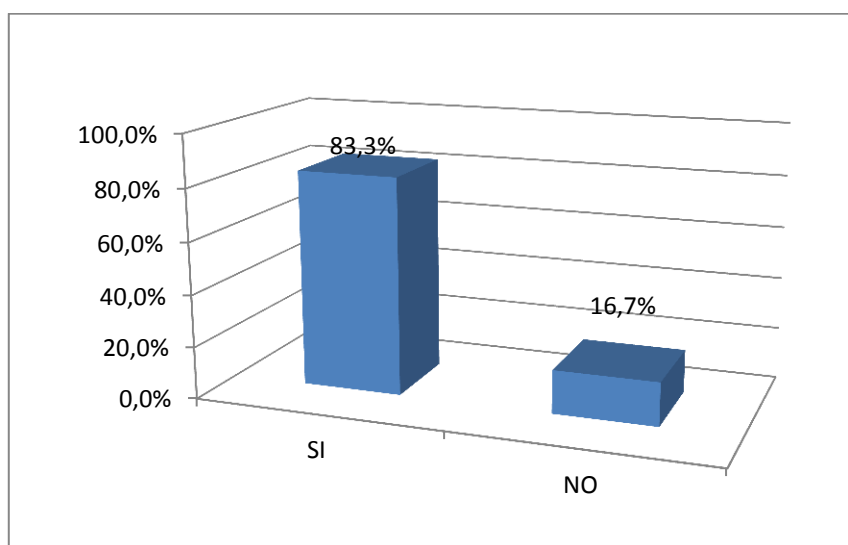
**CUADRO No 2**

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	25	83.33%
NO	5	16.67%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Autora: Julia Barba

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

**GRAFICO No2**



### **INTERPRETACION:**

En la segunda pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.3% manifestaron que en el Código de la Niñez y adolescencia se protege los derechos de los niños niñas y adolescentes; en cambio cinco personas que encierra el 16.7% expresaron no estar de acuerdo que en el Código de la Niñez y adolescencia se protege los derechos de los niños niñas y adolescentes

### **ANALISIS:**

El Código de la Niñez y Adolescencia es un cuerpo legal que protege los derechos de la niñez y adolescencia, en el ámbito familiar, de trabajo y en la que se dispone la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en el marco de libertad, dignidad y equidad.

Tercera Pregunta. ¿Cree usted que el cuidado y protección de los hijos impúberes sin distinción de sexo a favor de la madre, va en contra del afecto y responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo?

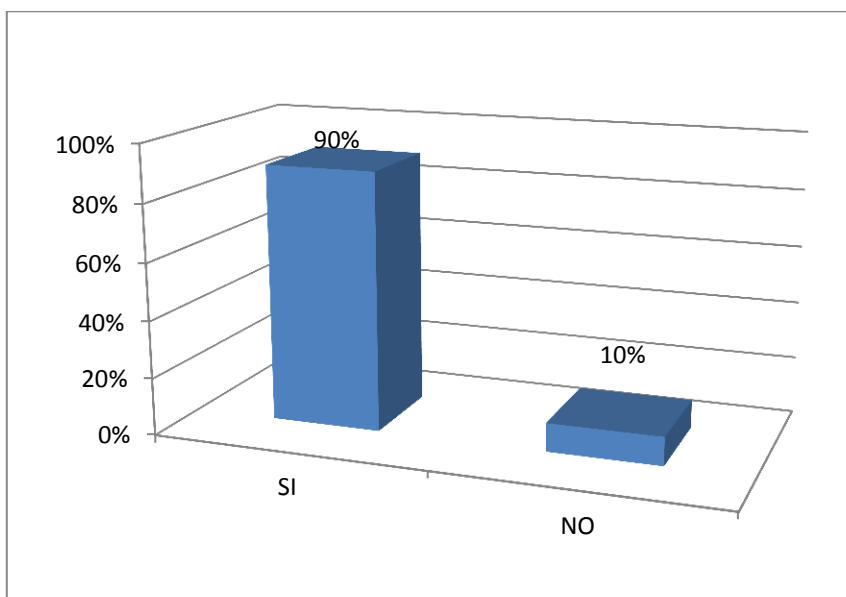
**CUADRO No 3**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Autora: Julia Barba

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

**GRAFICO No 3**



## **INTERPRETACION:**

En la tercera pregunta veintisiete personas que significa el 90% señalaron estar de acuerdo que el artículo 108 numeral 1 del Código Civil, en el que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas; en cambio tres encuestados que comprende el 10% indicaron que el artículo 108 numeral 1 del Código Civil, en el que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, no violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas

## **ANALISIS:**

De los resultados obtenidos considero que el artículo 108 numeral 1 del Código Civil, en el que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida.

Cuarta Pregunta ¿Estima usted que en caso de cuidado de los hijos impúberes debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida?

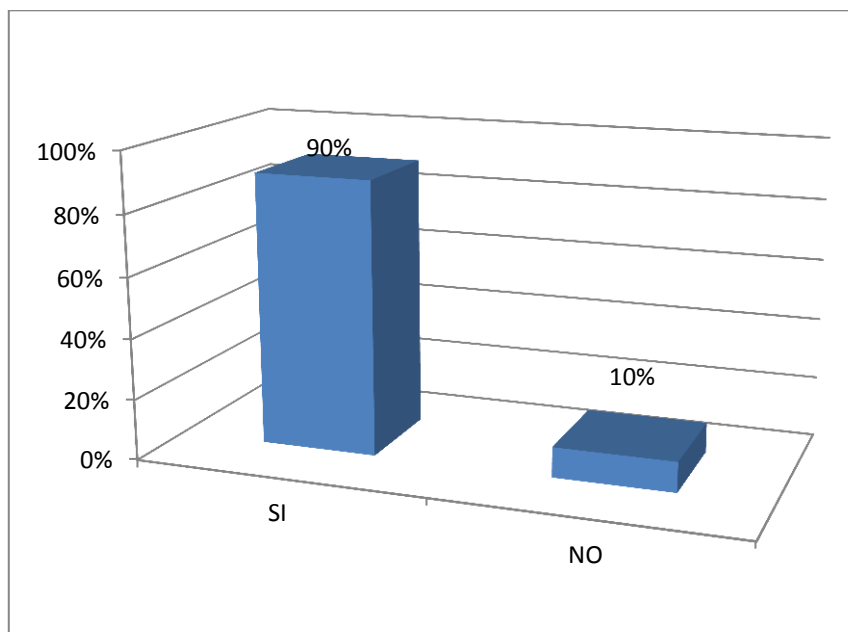
**CUADRO No 4**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Autora: Julia Barba

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

**GRAFICO No 4**



## **INTERPRETACION:**

En esta pregunta veintisiete personas que engloba el 90% señalaron que en los divorcios por mutuo consentimiento los hijos o hijas impúberes podrían compartir más tiempo con su padre y no solo en el periodo de visitas, porque debe existir una responsabilidad; en cambio tres personas que comprende el 10% señalaron que en los divorcios por mutuo consentimiento los hijos o hijas impúberes no podrían compartir más tiempo con su padre y no solo en el periodo de visitas, porque existe un distanciamiento de la pareja

## **ANALISIS:**

Cuando una pareja de divorcia, y en ella han quedado hijos dentro del ex matrimonio, obviar de la responsabilidad como pareja no significa que se obvie la responsabilidad con sus hijos sino que se hace necesario que en los divorcios por mutuo consentimiento los hijos o hijas impúberes podrían compartir más tiempo con su padre y no solo en el periodo de visitas

Quinta Pregunta. ¿Estima usted adecuado requinta pregunta formar el Art. 108 numeral 1 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes sea de responsabilidad compartida?

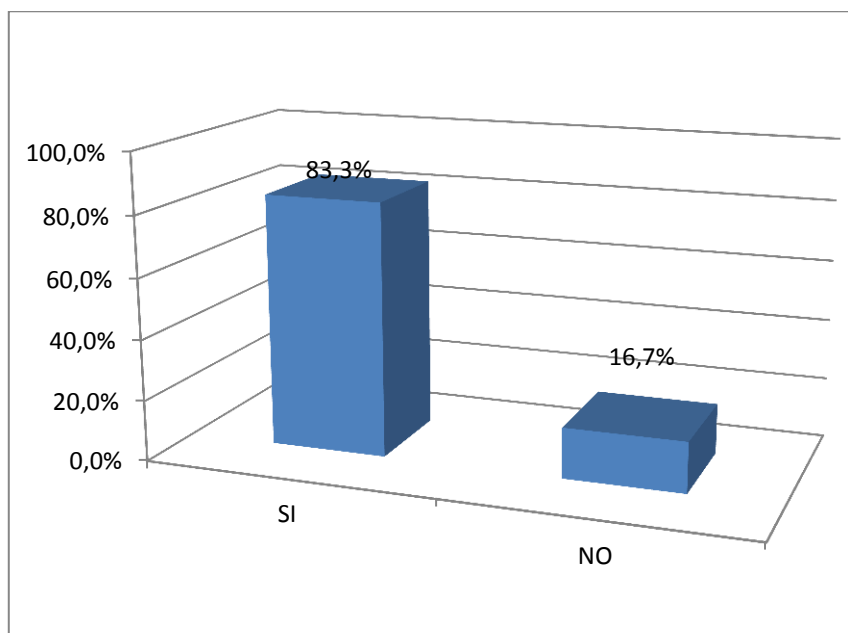
**CUADRO No 5**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83.33%
NO	5	16.67%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Autora: Julia Barba

Fuente: Abogados en libre ejercicio profesional

**GRAFICO No 5**





## **INTERPRETACION:**

En la última pregunta veinticinco personas que corresponde el 83,3% señalaron que se debería reformar el Código Civil, e incluir la figura legal del cuidado y protección compartida entre los padres y las madres que se han divorciado; en cambio cinco encuestados que equivale el 16.7% no están de acuerdo que se debería reformar el Código Civil, e incluir la figura legal del cuidado y protección compartida entre los padres y las madres que se han divorciado

## **ANALISIS:**

El legislador debe observar que en un divorcio no se desvincule la responsabilidad compartida que debieron tener cuando eran pareja o vivían juntos para con sus hijos, no es justo que el padre aporte con la ayuda económica y se le de horarios de visita para con sus hijos, sino que debe existir una la figura legal del cuidado y protección compartida entre los padres y las madres que se han divorciado.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1. Verificación de objetivos**

#### **OBJETIVO GENERAL**

- Realizar un análisis crítico, doctrinario y jurídico sobre el cuidado de los hijos impúberes, que establece el Código Civil en el divorcio por mutuo acuerdo.

El objetivo general se verifica en su totalidad, esto por cuanto en la revisión de literatura se analiza los derechos de familia señalados en la Constitución de la República del Ecuador, para luego dar a conocer el proceso de divorcio por mutuo acuerdo establecido en el Código Civil, y en lo principal la custodia de los hijos impúberes sea una responsabilidad compartida entre ambos ex cónyuges, y no una carga a una a una de las partes, porque la afectividad es primordial que no se pierda entre padres e hijos por circunstancia del divorcio entre los padres.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar la violación de principios la custodia de los hijos señalados en el Art. 108 del Código Civil.

El primer objetivo específico se verifica positivamente, esto por cuanto en la revisión de literatura se da a conocer que la legislación civil, se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, lo cual violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida. Esto se corrobora con la aplicación de la encuesta en la primera pregunta el 90% de los encuestados señalaron que una familia tiene derechos y obligaciones que cumplir en todos lo ámbito y no tienen que obviar sus responsabilidades; en la tercera pregunta el 90% de los profesionales expresaron que el cuidado y protección de los hijos impúberes sin distinción de sexo a favor de la madre, va en contra del afecto y responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo.

- Realizar un estudio jurídico sobre las medidas de protección relacionadas con la familia, establecidas en la legislación civil.

El segundo objetivo se verifica positivamente por cuanto en el análisis del Código Civil se da a conocer el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo, pero en cuanto a la custodia y cuidado de los menores impúberes está a cargo de la madre lo cual es atentatorio a la afectividad de la otra pareja, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no

dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida

- Proponer una reforma al Art. 108 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes.

Este último objetivo se verifica totalmente, por cuanto en la investigación de campo se puede indicar en la quinta pregunta el 83.3% de las personas expresaron estar de acuerdo reformar el Art. 108 numeral 1 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes sea de responsabilidad compartida. Cuestión que sirve de fundamento para plantear una reforma en la parte final de la investigación donde se proyecta la responsabilidad compartida del cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad

## **7.2. Contrastación de hipótesis**

El artículo 108 numeral 1 del Código Civil, señala que en caso de divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas

La hipótesis planteada se contrasta favorablemente esto se corrobora con la aplicación de la encuesta en la en la primera pregunta el 90% de los

encuestados señalaron que una familia tiene derechos y obligaciones que cumplir en todos lo ámbito y no tienen que obviar sus responsabilidades; en la tercera pregunta el 90% de los profesionales expresaron que el cuidado y protección de los hijos impúberes sin distinción de sexo a favor de la madre, va en contra del afecto y responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo, en la cuarta pregunta el 90% de los encuestados indicaron que en caso de cuidado de los hijos impúberes debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida

### **7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma**

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

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

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

5. *El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.*<sup>54</sup>

Para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes La madre y el padre están obligados al cuidado y su crianza en especial cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

El Estado como institución judicial deberá garantizar que cuando los padres se divorcien por mutuo acuerdo el Estado deberá prestar especial atención, para que sus derechos sean respetados. La igualdad de derechos, se fortalece en la familia cuando el Estado asume el control de las garantías siendo el vigilante del cumplimiento de los deberes y derechos de los integrantes de la familia.

El Art. 108 del Código Civil señala: *“Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.*

*En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores*

---

<sup>54</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 69 numerales 1,4 y 5

*de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como 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.*

*Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:*

- 1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;*
- 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”<sup>55</sup>*

Esta regla faculta al Juez dar una solución, cuando se produce un incidente dentro del juicio de divorcio sobre la tenencia de los hijos comunes de los padres divorciados. Esta norma podría permitir nombrar curador adjunto al padre o madre que ejerzan la patria potestad y conforme a él la representación de ciertos casos. El artículo citado al Juez se le faculta solo aplicarlo y no se le da la competencia de actuar bajo los informes psico-

---

55 CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108

técnicos tanto del padre como de la madre garantizando los derechos de los adultos y priorizando los derechos de las niñas niños y adolescentes.

Si los cónyuges no llegaren a acuerdos sobre estas materias, el Juez de la causa aplicará las reglas contenidas en el inciso tercero del mismo artículo 108 del Código Civil, de acuerdo a estas reglas la ley le da poderes al Juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres, convirtiéndose en normas rígidas para resolver la situación de los hijos: 1) Los impúberes hombres o mujeres, y las hijas de toda edad deben quedar al cuidado de la madre; 2) Los varones púberes escogen aquel de los padres a cuyo cuidado deben quedar; 3) Las dos reglas anteriores se alteran por inhabilidad física o moral del padre o madre a cuyo cuidado deberían quedar, o por pasar aquel a nuevo matrimonio; 4) a falta de padres se entrega los hijos a quien debería ejercer la guarda legítima; 5) A falta de todos los anteriores, el juez señalará a un establecimiento de asistencia Social, público o privado o en colocación familiar a un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica.

*“En los juicios de divorcio, el menor de dieciocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial.”<sup>56</sup>*

Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de las hijas e hijos,

---

<sup>56</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 111



estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos.

El Art. 115 del Código Civil expresa: *“En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.”*<sup>57</sup>

La situación de los hijos la deciden en la audiencia de conciliación o después de ésta, como lo expresa el segundo inciso del artículo 108 del Código Sustantivo Civil: *“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”*<sup>58</sup>

Esta disposición contempla que en la audiencia pueden convenir la situación en la que van a quedar sus hijos, los cónyuges pueden convenir algo que no

---

<sup>57</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 115

<sup>58</sup> IBIDEM, Art. 108

sea conveniente para ellos, el juez no tiene en este caso facultad de modificar lo convenido.

El Art. 307 del Código Civil, señala: “En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa”<sup>59</sup>

Esta disposición es muy práctica, ya que de otro modo podía ser, uno el que tuviera los hijos bajo su cuidado y otro el que gozara del usufructo de sus bienes y quien tuviera que representar o autorizar a los hijos para cualquier acto jurídico, con los inconvenientes que probablemente tenían que presentarse. Pero en la misma disposición contempla que puede cambiar la patria potestad, con autorización del Juez, al otro a cuyo cuidado quedan los hijos. Con la esta disposición puede acontecer, por ejemplo que los hijos queden al cuidado de la madre por ser ella la más apta para cuidarlos y educarlos, pero sin embargo, no pueda materialmente ejercer la mujer la patria potestad por la mala administración de los bienes de los hijos.

---

<sup>59</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 307

## **8. CONCLUSIONES**

En la presente investigación se ha procedido a la aplicación de las encuestas dirigidas a treinta abogados en libre ejercicio profesional, de su opinión en caso de divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas. Cuyos resultados se detallan a continuación.

Primera: Una familia tiene derechos y obligaciones que cumplir en todos lo ámbito y no tienen que obviar sus responsabilidades.

Segunda: En el caso de divorcio por mutuo consentimiento el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo.

Tercera: El cuidado y protección de los hijos impúberes sin distinción de sexo a favor de la madre, va en contra del afecto y responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo.

Cuarta: En caso de cuidado de los hijos impúberes debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida.

Quinta: Es necesario reformar el Art. 108 numeral 1 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes sea de responsabilidad compartida.

## 9. RECOMENDACIONES

Primera: A las escuelas y colegios determinen charlas con los padres de familia, en cuanto a indicar el compromiso que una familia tiene que cumplir derechos y obligaciones en todos lo ámbito y no tienen que obviar sus responsabilidades.

Segunda: Al Consejo de la Judicatura profesionalizar a los jueces de lo civil, y que tomen una buena decisión en sus sentencias, en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, y que en último caso se tomen en cuenta que el juez otorgue a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo.

Tercera: A la Comisión de la familia de la Asamblea Nacional, analice lo señalado en la legislación civil que el cuidado y protección de los hijos impúberes sin distinción de sexo a favor de la madre, va en contra del afecto y responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo.

Cuarta: A los cónyuges, que el caso de divorcio por mutuo consentimiento, en caso de cuidado de los hijos impúberes debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida.

Quinta: A la Asamblea Nacional reforme el Art. 108 numeral 1 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes sea de responsabilidad compartida.

## **9.1. Propuesta de reforma**

### **ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

#### **CONSIDERANDO:**

Que el Art. 69 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que: Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

Que el Art. 83 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador señala: son derechos y responsabilidades de los ecuatorianos promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme el buen vivir.

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

Que el Art. 108 parte final del Código Civil expresa: Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes: 1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad; 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan

Que el artículo 108 numeral 1 del Código Civil, se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, lo cual violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida.

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

#### LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL

Art. 1.- Refórmese el numeral 1 del Art. 108 del Código Civil por el siguiente:



1. Se establece la responsabilidad compartida del cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

Art.2.- La reforma entrará en vigencia luego de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Salón Plenario de la Asamblea Nacional, en Quito Distrito Metropolitano, a los 14 días del mes de septiembre del dos mil catorce.

Gabriela Rivadeneira Burbano

PRESIDENTA

Libia Rivas Ordóñez

SECRETARIA

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 1998, p. 132, 166, 194, 410
  
- CÓRDOVA; Francisco: La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, 1995, p. 200
  
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2014, Art. 11, 44, 45, 67, 69, 76, 83, 424
  
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 107, 108, 111, 115, 307
  
- CREUS, Carlos. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1983. p. 6.
  
- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 75, 326, 666
  
- DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Editorial Heliasta pag. 366

- ENGELS, Federico: EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO. Segunda Edición, Ediciones Claridad, 1974, Guayaquil – Ecuador, p. 28
  
- ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 40, 124, 167
  
- ESPINOSA MERINO, Galo: La más práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 489, 506, 758
  
- GARCÍA FALCONÍ: José: El Juicio Verbal Sumario de Divorcio por Causales, Manual de Práctica Procesal Civil, Tercera Edición, Quito-Ecuador, 2001, Pág. 16
  
- GARCÍA FALCONI, José: El Juicio de Divorcio Consensual o por mutuo consentimiento, Tercera Edición Aumentada y Actualizada, Quito – Ecuador, 1997, p. 15, 27
  
- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 364

- LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, El usufructo, derechos de uso y habitación, patrimonio familiar y las servidumbres, 3 volumen, 5, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 70

- LARREA HOLGUIN, Juan: Compendio de Derecho Civil del Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones, Editorial La Unión, Quito – Ecuador, 1968, p 387

- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, México, Porrúa, 1988, Tomo III, p. 356

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto: El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Dike, 1997, pág. 231

- OSSORIO MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, HeditorialHeliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 465, 614

- PARRAGUEZ RUIZ, Luís: Manual de Derecho Civil del Ecuador, Volumen I, Universidad Técnica Particular de Loja, Ediciones Ciencias Jurídicas, Sexta Edición, Enero 1999, Loja – Ecuador, p. 270

- ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Lucio, Diccionario Ruy Díaz, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires Argentina, año 2004, Pág. 467
  
- SÁNCHEZ, Manuel. Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato. 1989. p. 78.
  
- TRIBUNA DEMOCRÁTICA, Ediciones Legales, Año III Número 34, octubre 2011, Corporación MYL, Quito – Ecuador, p. 9
  
- VALENCIA ZEA, Arturo Dr. MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA. p. 2, 151
  
- VELASCO CÉLLERI, Emilio Sistema de Práctica Procesal Civil, Segunda edición, Tomo II, Pudeleco Editores S. A. 1996, Quito-Ecuador, 1996, p. 48
  
- ZOLO, Danilo: Los Fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, cuarta edición, 2009, p. 91
  
- <http://www.mitecnologico.com/Main/ConceptoDeObligacion>
  
- CUIDADO: <http://definicion.de/cuidado/>
  
- CORRESPONSABILIDAD: <http://definicion.de/corresponsabilidad/>

## 11. ANEXOS

### 11.1 ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA  
CARRERA DE DERECHO

Señor abogado: En calidad de egresada de la Carrera de Derecho, con la finalidad de desarrollar mi investigación intitulada: “NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN LA CUSTODIA DE LOS HIJOS IMPÚBERES”, le solicito se sirva contestarme las siguientes preguntas:

1. ¿Cree usted que una familia tiene derechos y obligaciones que cumplir en todos lo ámbito y no tienen que obviar sus responsabilidades?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

2. ¿Está usted de adecuado que en el caso de divorcio por mutuo consentimiento el juez otorgue a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

3. ¿Cree usted que el cuidado y protección de los hijos impúberes sin distinción de sexo a favor de la madre, va en contra del afecto y responsabilidad que debe tener el padre frente al hijo?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

4. ¿Estima usted que en caso de cuidado de los hijos impúberes debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....  
.....

5. ¿Estima usted adecuado reformar el Art. 108 numeral 1 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes sea de responsabilidad compartida?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....  
.....

11.2. PROYECTO



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

**TEMA:**

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL  
CÓDIGO CIVIL, EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS  
HIJOS IMPÚBERES”**

Proyecto de Tesis previa a optar por  
el Título de Abogado.

**Postulante:** Julia Elina Barba Vásquez

**Director:** Por designarse

Loja – Ecuador  
2013



## **1. TEMA**

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 108 NUMERAL 1 DEL CÓDIGO CIVIL,  
EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS IMPÚBERES”**

## **2. PROBLEMÁTICA**

La protección de derechos de grupos vulnerables en el ámbito social siempre ha estado vinculada a la protección de la mujer y de los niños y adolescentes. Sin embargo, estas situaciones en los contextos contemporáneos van generando nuevas situaciones de violencia familiar tanto a la ley como a la práctica judicial.

La Constitución de la República del Ecuador garantiza a todas los integrantes de la familia sin distinción, los derechos de igualdad y no discriminación, es por ello que la familia tiene derecho y obligaciones que cumplir en todos los ámbitos y no deben obviar sus responsabilidades.

El artículo 108 numeral 1 del Código Civil, se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, lo cual violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas, porque debe observarse la responsabilidad de cada uno de los cónyuges y la vez no dejar la carga la lleve uno de ellos, sino que debe ser una responsabilidad compartida.

### 3. JUSTIFICACIÓN

Siendo imperante un plan de investigación científico, en el Área del conocimiento jurídico, planteo un problema acorde a las necesidades socio-jurídicas, ya que por su singular relevancia y su trascendencia social, definitivamente constituye a todas luces un problema de la realidad que mediante mi aporte, trabajando siempre con honradez y dedicación consolida los cimientos de la convivencia social establecida.

Es por ello que amparado en el imperio de la ley y de la justicia delimito este problema de la realidad que desde mi óptica, constituye una trasgresión directa que al no existir en nuestra legislación una responsabilidad compartida entre los progenitores, por custodia de lo producto del divorcio, conllevaría en lo posterior se formen formas de violencia, situación que acarrea riesgos e inestabilidad emocional y psicológica para los hijos

Su importancia radica que en caso de divorcio, tenga una responsabilidad compartida entre los progenitores de los hijos, para evitar que en lo posterior conlleve a otras formas de violencia producto de esa inestabilidad de la pareja y de los hijos mismos.

Es importante saber que existen unos Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes que nuestra Constitución reconoce y que además, tenemos el derecho y el deber de protegerlos utilizando los mecanismos

para la protección de grupos vulnerables en el ámbito social vinculados a nuevas formas de violencia familiar, producto de la separación o el divorcio.

Por lo tanto, me he propuesto realizar la presente investigación científica, que se encuentra enmarcada en los reglamentos de graduaciones de la Universidad Nacional de Loja, como en la Carrera de Derecho, de la Modalidad de Estudios a Distancia por lo que siendo un tema de derecho positivo, considero debidamente justificado mi trabajo.

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1. OBJETIVO GENERAL**

- Realizar un análisis crítico, doctrinario y jurídico sobre el cuidado de los hijos impúberes, que establece el Código Civil en el divorcio por mutuo acuerdo.

### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar la violación de principios la custodia de los hijos señalados en el Art. 108 del Código Civil.

- Realizar un estudio jurídico sobre las medidas de protección relacionadas con la familia, establecidas en la legislación civil.

- Proponer una reforma al Art. 108 del Código Civil, en relación al cuidado de los hijos impúberes.

## **5. HIPÓTESIS**

El artículo 108 numeral 1 del Código Civil, señala que en caso de divorcio por mutuo consentimiento, donde el juez otorga a la madre divorciada, el cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas

## **6. MARCO TEÓRICO**

“Llamase impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”.<sup>60</sup>

Se necesita esclarecer las categorías que se le da al ser humano desde su niñez para identificar al impúber para realizar la investigación.

IMPUBER “Es el período de la vida de los seres humanos anterior a la pubertad, a la época en que comienza a manifestarse la aptitud para la reproducción. El concepto se aplica lo mismo a las mujeres que a los hombres; sin embargo, existe una diferencia, derivada de la duración de esta

---

<sup>60</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 21

etapa en uno u otro sexo. Como regla general puede decirse que la mujer comienza a ser púber a edad más temprana que el hombre”<sup>61</sup>.

Es la etapa más susceptible de la persona, es la niñez y se le ha dividido en etapas, por lo que lo determina por la edad.

De acuerdo Galo Espinosa Merino señala que joven es “*De poca edad, por lo común entre los quince y veinticinco y treinta años de edad*”<sup>62</sup>

De acuerdo a este concepto se entiende como joven a la persona que por su edad no es niño ni viejo ya que señala que comprende entre los quince y veinticinco y treinta años de edad, que por lo general si pasa esta edad, ya no se considera joven sino que pasa a otra etapa de la vida, que vendría a ser una persona mayor de edad.

La parte final del Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia indica que “*Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce a dieciocho años de edad.*”<sup>63</sup>

Este concepto me parece no acertada en su primera parte, porque dice que abarca a personas entre doce y dieciocho años de edad, porque existe una contradicción con lo señalado en el Art. 21 del Código Civil, ya que cuando

---

<sup>61</sup> Diccionario de ciencias jurídicas y sociales Editorial Eliasta pag. 366

<sup>62</sup> ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 416

<sup>63</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2013, Art. 4

hablamos de una persona que ha cumplido dieciocho años de edad, estamos frente a un mayor de edad, o simplemente mayor. Por lo dicho al adolescente se lo debe definir como la persona del sexo masculino o femenino cuya edad se halla comprendida a partir de los doce años y no hayan cumplido los dieciocho años de edad.

En el Diccionario Jurídico Magno de Mabel Goldstein, adolescente es el *“Menor impúber que es reconocido como sujeto activo de sus derechos; se les garantiza su protección integral, debe ser informado, consultado y escuchado, respetándole su intimidad, y privacidad, pudiendo cuando se halla afectado o amenazado por si requerir intervención de los organismos competentes.”*<sup>64</sup>

Para este autor, adolescente es un menor impúber y que es sujeto de derechos. Son objeto de prioridad dentro de las políticas públicas, que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar y hacer responsable respecto de los privados de su medio familiar, de los cuidados alternativos a la institucionalización, el amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual, fijando medidas para prevenir y eliminar su tráfico.

El ilustre Juan Larrea Holguín, en su Compendio de Derecho Civil del Ecuador, manifiesta que *“Por ‘divorcio’, en general, se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en*

---

<sup>64</sup> GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor magno, Edición, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 43

*común. Este fenómeno puede producirse como un simple hecho, o acto antijurídico, al margen de la ley, o bien, estar regulado por ella en cuanto a sus causas, su modo de realizarse y sus consecuencias”*<sup>65</sup>

A mi criterio este autor dirige el concepto de divorcio en la separación temporal o definitiva de la vida en común de los cónyuges, sus términos van dirigidos que se produce el divorcio por la voluntad de ellos, o por un acto que no permite la ley como el abandono o la sevicia, estableciéndose su trámite de acuerdo a la ley y conlleva a consecuencias producto del mismo divorcio como los efectos que produce entre los exconyuges, el alimento a los hijos, etc.

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

*Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-*

---

<sup>65</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, El usufructo, derechos de uso y habitación, patrimonio familiar y las servidumbres, 3 volumen, 5, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pág. 348

*emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.*<sup>66</sup>

Un entorno familiar de afectividad y seguridad mismo que permitirá satisfacer las necesidades afectto-emocionales apoyadas por políticas nacionales para que las niñas, niños y adolescentes puedan desarrollar todos sus potenciales, es necesario considerar todas las instancias legales que garanticen los derechos de la familia, inclusive de familias de padres divorciados

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

*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y*

---

<sup>66</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 44



*nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar(..).”<sup>67</sup>*

El Estado tiene la obligación de garantizar que Las niñas, niños y adolescentes el derecho a disfrutar de la convivencia familiar, por lo que se hace necesario que el Código Civil en una de sus disposiciones sea reformada para que todos esos derechos sean aplicados.

El Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que “*Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*”<sup>68</sup>

La familia como núcleo de la sociedad, representa el equilibrio socio emocional de un comportamiento de las personas en un orden social y jurídico.

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

*1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación,*

---

<sup>67</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 45

<sup>68</sup> IBIDEM, Art. 67

*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.*

*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>69</sup>*

Para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes La madre y el padre están obligados al cuidado y su crianza en especial cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

El Estado como institución judicial deberá garantizar que cuando los padres se divorcien por mutuo acuerdo el Estado deberá prestar especial atención, para que sus derechos sean respetados. La igualdad de derechos, se fortalece en la familia cuando el Estado asume el control de las garantías siendo el vigilante del cumplimiento de los deberes y derechos de los integrantes de la familia.

El Art. 108 del Código Civil señala: *“Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar*

---

<sup>69</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 69 numerales 1,4 y 5

*propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.*

*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 como 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.*

*Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:*

- 1. A la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;*
- 2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan”<sup>70</sup>*

Esta regla faculta al Juez dar una solución, cuando se produce un incidente dentro del juicio de divorcio sobre la tenencia de los hijos comunes de los padres divorciados. Esta norma podría permitir nombrar curador adjunto al padre o madre que ejerzan la patria potestad y conforme a él la representación de ciertos casos. El artículo citado al Juez se le faculta solo aplicarlo y no se le da la competencia de actuar bajo los informes psico-

---

70 CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 108

técnicos tanto del padre como de la madre garantizando los derechos de los adultos y priorizando los derechos de las niñas niños y adolescentes.

Si los cónyuges no llegaren a acuerdos sobre estas materias, el Juez de la causa aplicará las reglas contenidas en el inciso tercero del mismo artículo 108 del Código Civil, de acuerdo a estas reglas la ley le da poderes al Juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres, convirtiéndose en normas rígidas para resolver la situación de los hijos: 1) Los impúberes hombres o mujeres, y las hijas de toda edad deben quedar al cuidado de la madre; 2) Los varones púberes escogen aquel de los padres a cuyo cuidado deben quedar; 3) Las dos reglas anteriores se alteran por inhabilidad física o moral del padre o madre a cuyo cuidado deberían quedar, o por pasar aquel a nuevo matrimonio; 4) a falta de padres se entrega los hijos a quien debería ejercer la guarda legítima; 5) A falta de todos los anteriores, el juez señalará a un establecimiento de asistencia Social, público o privado o en colocación familiar a un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica.

*“En los juicios de divorcio, el menor de dieciocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial.”<sup>71</sup>*

Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de las hijas e hijos,

---

<sup>71</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 111

estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos.

El Art. 115 del Código Civil expresa: *“En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.”*<sup>72</sup>

La situación de los hijos la deciden en la audiencia de conciliación o después de ésta, como lo expresa el segundo inciso del artículo 108 del Código Sustantivo Civil: *“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”*<sup>73</sup>

Esta disposición contempla que en la audiencia pueden convenir la situación en la que van a quedar sus hijos, los cónyuges pueden convenir algo que no

---

<sup>72</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 115

<sup>73</sup> IBIDEM, Art. 108

sea conveniente para ellos, el juez no tiene en este caso facultad de modificar lo convenido.

El Art. 307 del Código Civil, señala: “En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa”<sup>74</sup>

Esta disposición es muy práctica, ya que de otro modo podía ser, uno el que tuviera los hijos bajo su cuidado y otro el que gozara del usufructo de sus bienes y quien tuviera que representar o autorizar a los hijos para cualquier acto jurídico, con los inconvenientes que probablemente tenían que presentarse. Pero en la misma disposición contempla que puede cambiar la patria potestad, con autorización del Juez, al otro a cuyo cuidado quedan los hijos. Con la esta disposición puede acontecer, por ejemplo que los hijos queden al cuidado de la madre por ser ella la más apta para cuidarlos y educarlos, pero sin embargo, no pueda materialmente ejercer la mujer la patria potestad por la mala administración de los bienes de los hijos.

---

<sup>74</sup> CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 307

## **7. METODOLOGÍA.**

### **7.1. Métodos**

El desarrollo de la presente tesis, se realizará mediante el método descriptivo y bibliográfico. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La método bibliográfico consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Recurriré a la aplicación del método deductivo, mediante el cual aplicaré los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios a analizarse, lo cual me permitirá encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos, también me servirá para descubrir consecuencias desconocidas, de principios conocidos.

Utilizaré el método inductivo, el que me permitirá utilizar el razonamiento para que, partiendo de casos particulares, llegar a conocimientos generales.

El método empírico, se obtendrá de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto de la acción de habeas corpus en la aplicación de los procesos. Así como deben la conveniencia de la aplicación de este recurso ante los jueces y tribunales de nuestro país

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

Finalmente con el método estadístico, nos permitirá establecer el porcentaje referente a las encuestas y conocer los resultados positivos o negativos de la hipótesis

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

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido en que el Código Civil, permita una responsabilidad compartida en caso de la custodia de los hijos, por el divorcio de sus padres.



La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y tres personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma al Código Civil en la adecuada aplicación de la custodia de los hijos por el divorcio de sus padres.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

### **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 de Régimen Académico que establece: Resumen en Castellano y Traducido al Inglés; Introducción,

Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía; y, Anexos.

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

En primer orden, se concreta el Acopio Teórico, revisión de literatura: a) un Marco Conceptual, el que contiene: Impúberes, custodia, responsabilidad, cuidados; b) Marco Doctrinario sobre la problemática del cuidado y protección de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, violenta los Derechos de los padres y de los niños y niñas; c) un Marco Jurídico, acerca de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Civil.

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas y entrevistas; y b) Presentación y Análisis de los resultados de los casos jurisprudenciales, como Casuística.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de la hipótesis, b) La deducción de conclusiones y recomendaciones; y c) la fundamentación jurídica de la propuesta de la

reforma legal, en relación a la materia y al problema materia de la tesis en estudio.

## 8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

2013 – 2014

Actividades tiempo	Oct. 2013	Nov. 2013	Dic. 2013	Ene. 2014	Feb. 2014	Mar. 2014	Abril 2014	Mayo 2014	Jun. 2014	Jul. 2014	Ago. 2014	Sep. 2014
Problematización	xxxx											
Planificación de la investigación		xxxx										
Aprobación del proyecto			xxxx									
Ejecución de la investigación				xxxx	xxxx	xxxx	xxxx					
Elaboración del informa								xxxx	xxxx	xxxx		
Comunicación de resultados											xxxx	
Exposición												xxxx

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Este punto se encuentra desarrollado en dos partes, los recursos humanos y los materiales y presupuesto:

### 9.1. Recursos humanos:

- Director de Tesis por designarse;
- Postulante:

### 9.1 Recursos materiales y Presupuesto:

RECURSOS	CANTIDAD	VALOR
Computadora	1	800
Impresora	1	120
Tinta para impresora	1	60
Uso de Internet	-	100
Resmas de papel	2	50
Esferográficos	5	10
Copias de documentos		300
Movilización		800
Imprevistos		500
Empastados del trabajo		200
<b>TOTAL</b>		<b>2940</b>

El presente costo asume a la cantidad de DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA DÓLARES AMERICANOS (\$2.940,00) los mismos que serán financiados con recursos propios de la postulante.

## **10 BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**

- ALBAN, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia. MEGAGRAFIC, Quito – Ecuador, 2003.
  
- ARGUDO CHELÍN, Mariana: Derecho de Menores, Segunda Edición, EDINO, 2000, Guayaquil – Ecuador.
  
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; 20va. Edición; Buenos Aires, Argentina; Editorial Heliasta; 1981.
  
- CÓDIGO CIVIL: legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2009
  
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Edi-GAB Gonzalo Arias Barriga. 3ra edición, impresión, EDIMPRES S. A., 2009.
  
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986.
  
- GARCÍA FALCONÍ, José: Manual de Práctica Procesal Civil, sobre Las Medidas Cautelares en Materia Civil, Tomo I, Segunda Edición, Quito – Ecuador.
  
- LARREA HOLGUÍN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Cuarta Edición, Quito.
  
- LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Quinta edición.
  
- MENDOZA GARCÍA, Luis: Diccionario Jurídico, Instructivo y Práctico; Editorial Impresos Nueva Luz; Guayaquil-Ecuador.
  
- ROCA, E. Métodos y Derechos en el Derecho de Familia, N° D96/01, Juliol. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1996.
  
- SOMARRIVA UNDURRANGA, Manuel: Derecho de Familia, Tomo II. Editar Editores LTDA. Santiago 1983- Chile.

- SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Editorial Temis Bogotá  
1971

- TORRES CHÁVES, Efraín: Breves Comentarios al Código de la Niñez y  
Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia. 5º edición,  
tomo V. Bogotá: Temis, 1983.

## ÍNDICE

CERTIFICACIÓN .....	ii
AUTORÍA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	v
DEDICATORIA .....	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN .....	2
2.1 Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN .....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	53
6. RESULTADOS.....	56
7. DISCUSIÓN.....	66
8. CONCLUSIONES .....	75
9. RECOMENDACIONES .....	77
9.1. Propuesta de reforma .....	79
10. BIBLIOGRAFÍA .....	82
11 ANEXOS.....	86
ÍNDICE.....	112