UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

"ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ECUADOR"

TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

AUTOR: GUILLERMO ANDRÉS ORTEGA MOSQUERA

DIRECTOR: DR. GABRIEL SANTIAGO GALÁN MELO

QUITO, 2017

Declaración de aceptación de norma ética y derechos

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a las autoridades competentes.

Firma del estudiante

DEDICATORIA

Quiero dedicar está tesis a mis padres Hernán y Sonia quienes han sido parte fundamental junto a mis hermanos Alejandro, Melissa y Mateo, para culminar así mis estudios dando un paso importante a mi vida profesional. Mi abuela que hasta el último de sus días fue mi apoyo en los días complicados guiándome con su sabiduría.... Mis amigos, que siempre me apoyaron hasta en mis peores decisiones y esperan verme realizado como abogado. Para culminar estas palabras agradezco a shipo que ha sido mi mejor amigo enseñándome responsabilidades y mi sentido de humanidad para todos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a mis padres que estuvieron siempre dándome sus consejos para batallar cada problema que tenía y que hacía ver difícil lograr mi meta... a mis hermanos que fueron el aliento para cada cansancio diario, mis risas de días complicados y cargaban con ocurrencias mis baterías casi agotadas y así puedo al fin decirles "lo logré" gracias a ustedes estoy aquí llegando a mi meta... en general a toda mi familia por ser mí pilar fundamental en todo este proceso para llegar este punto de mi vida como profesional. Mis Amigos y compañeros en general que fueron los que estuvieron de una y otra forma en este camino para lograrlo juntos y vernos ser profesionales, gracias a todos los que están felices por verme cumplir este logro importante.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Portada i

Declaración de aceptación de norma ética y derechos ii

DEDICATORIA iii

AGRADECIMIENTOS iv

ÍNDICE DE CONTENIDOS v

ÍNDICE DE GRÁFICOS vii

ÍNDICE DE TABLAS viii

RESUMEN ix

ABSTRACT x

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I 4

LA FAMILIA 4

1.1. El matrimonio 4

1.1.1. Antecedentes históricos del matrimonio 5

1.1.2. El matrimonio en Ecuador 8

CAPÍTULO II 10

EL DIVORCIO 10

2.1. El divorcio 10

2.1.1. Historia del divorcio 10

2.1.2. El divorcio en Ecuador 12

2.1.3. Tipos de divorcio 14

2.1.4. Causales de divorcio 14

CAPÍTULO III 16

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS 16

3.1. La responsabilidad parental 16

3.2. La tenencia o guarda y custodia 17

3.3. Régimen de visitas..... 18

3.4. La custodia monoparental y sus limitaciones..... 20

3.5. La custodia compartida 21

3.5.1. Formas de custodia compartida..... 22

3.5.2. Situación actual de la custodia en Ecuador 23

CAPÍTULO IV..... 26

DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA Y SER ESCUCHADOS 26

4.1. La familia 26

4.2. El derecho de los niños a ser consultados 29

4.2.1. Influencia de la opinión del niño en el juez para la decisión de los casos 32

CONCLUSIONES..... 34

BIBLIOGRAFÍA..... 36

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Respuesta a Pregunta 1 Población Quiteña 23

Gráfico 2 Respuesta a Pregunta 2 Población Quiteña 24

Gráfico 3 Respuesta a Pregunta 3 Población Quiteña 25

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Respuesta a Pregunta 1 Población Quiteña 23

Tabla 2 Respuesta a Pregunta 2 Población Quiteña 24

Tabla 3 Respuesta a Pregunta 3 Población Quiteña 25

RESUMEN

El análisis de la custodia compartida en Ecuador en la presente investigación ha evidenciado la necesidad imperante de transformar la tendencia de victimizar a la madre luego de la liquidación de la sociedad conyugal y, la beneficiaria de la custodia monoparental cuyos resultados o repercusiones afectan el normal desarrollo integral del menor. La custodia monoparental se revela como la principal causante de fenómenos como la alienación parental, conflictos legales y como consecuencia, el incumplimiento o desatención por parte de uno de los progenitores, situación que desemboca en una maternidad y paternidad irresponsable. Quedó de manifiesto en la investigación que es necesario reformular el manejo legal en cuanto a la custodia de los menores, sustituyéndose *a priori* la marcada tendencia de custodia monoparental por la alternativa viable de la custodia compartida que garantiza una intervención equitativa de ambos progenitores en el cuidado y atención del menor.

Descriptores: Custodia, Derechos de los Niños, Régimen de Visitas, Responsabilidad

ABSTRACT

The analysis of shared custody in Ecuador in the present investigation has evidenced the prevailing need to transform the tendency to victimize the mother after the liquidation of the conjugal society and the beneficiary of single parent custody whose results or repercussions affect the normal development Of the minor. One-parent custody is revealed as the main cause of phenomena such as parental alienation, legal conflicts and as a consequence, non-compliance or neglect on the part of one parent, a situation that leads to irresponsible parenthood and paternity. It was revealed in the investigation that it is necessary to reformulate the legal management in terms of custody of children, replacing a priori the marked trend of single-parent custody by the viable alternative of shared custody that guarantees an equitable intervention of both parents in the care And child care.

Keywords: Custody, Children's Rights, Visiting Regime, Responsibility.

INTRODUCCIÓN

Históricamente la custodia en Ecuador ha sido otorgada a las madres, considerándose que su presencia es trascendental en el desarrollo futuro del menor, de ahí que en reiteradas ocasiones el padre haya sido delegado a un segundo plano basándose en tendencias que afirman que madre es una sola mientras que padre puede ser cualquiera, un planteamiento ajeno a la realidad y lejano a las verdaderas necesidades de los menores que tal y como queda plasmado en el plan nacional del buen vivir demandan de un ambiente seguro y equilibrado en el cual la presencia de la madre y del padre sean requisitos indispensables de modo que se logre un desarrollo integral del menor.

El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2015) notifica que:

> La actual situación del matrimonio en el Ecuador se manifiesta de la siguiente forma: el 60% de los matrimonios mantienen una duración de 12 a 18 meses, el 30% tiene una duración de 4 a 5 años, un 5% mantiene una duración de 7 años y finalmente un 5% se mantiene durante la vida de los conyugues. (p. 12)

En Ecuador existe una situación crítica en la institución del matrimonio, cuyo tiempo máximo de duración de acuerdo a las estadísticas presentadas por el INEC, fluctúa entre los 5 y 6 años, luego de este período viene el divorcio o la separación, y convivencia con otras personas que presentan la misma situación legal.

El matrimonio es la base estructural de la familia, siendo la infidelidad la primera causa de disolución matrimonial de acuerdo a lo expuesto por (Moyers, 2015), debido en buena medida a las transformaciones acaecidas en la sociedad ecuatoriana en la que históricamente la mujer ocupaba un lugar que se limitada al hogar y crianza de los hijos, siendo el hombre quien aportaba los bienes materiales necesarios para la familia y representaba a la misma en la sociedad.

Aguila (2012), explica que actualmente, la mujer está presente en todos los aspectos sociales desempeñándose en actividades económicas que antiguamente estuvieron reservadas solamente para los hombres, incrementando de forma significativa su capacidad adquisitiva y su influencia social, en muchos casos ocupando la mujer el lugar más importante en la familia y no el hombre.

Esta situación ha devenido en el desarrollo social de la mujer y en un incremento significativo de su individualidad y pérdida de la dependencia histórica que la ataba al matrimonio como una necesidad para poder ser representada en la sociedad.

Actualmente no se verifican numerosas sentencias en las que la custodia de los hijos quede en manos de los padres, incluso en aquellos casos en los que se verifica que la madre no posee las condiciones éticas, morales o económicas necesarias para garantizar el desarrollo integral del menor, entonces puede afirmarse que actualmente no existe imparcialidad en cuanto a la custodia de los menores, los cuales en un 90% de los casos son delegadas a la madre en franco perjuicio de los derechos del padre y la equidad de género.

Puede entonces afirmarse que existe una necesidad tangible de reformular las actuales medidas legales al momento de decidir cuál de los progenitores posee mejores condiciones para asegurar el desarrollo integral del menor, independientemente de apreciaciones o juicios que pueda favorecer a uno de los géneros, tales acciones serán tomadas con la finalidad de garantizar una justicia equitativa que reafirme el interés del Estado en lograr el desarrollo integral de las futuras generaciones y alcanzar la equidad de género plasmada en la Constitución de la República y la Declaración Universal de los Derechos Humanos signado por el país.

Cualquier decisión tomada por el juez deberá estar encaminada a atenuar en la medida de lo posible el efecto y repercusión negativa que significa para el menor la separación de sus progenitores. De ahí que se buscará una custodia compartida en la que ambos progenitores puedan participar de forma activa en el desarrollo del menor, tomándose las medidas necesarias en el caso de que uno de los progenitores no cumpla cabalmente con su responsabilidad paterna o materna, es decir, especificándose que la labor de los progenitores no se limita únicamente al pago de un valor económico acordado, sino que se extiende hasta responsabilidades que garanticen el desarrollo psicológico espiritual, educativo y atención de salud, así como la recreación del menor.

(Stein, 2011), señala que la falta de la custodia compartida constituye actualmente una problemática para el sistema de justicia ecuatoriano al receptarse numerosas denuncias en las que se evidencia que uno de los progenitores o ambos no cumplen con una maternidad y paternidad responsable, llegándose incluso a penas privativas de libertad con el objetivo de crear una conciencia en los progenitores en la necesidad de

dar cumplimiento a sus deberes pero sin embargo tomándose en cuenta las estadísticas de incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias, por lo que se evidencia que tales medidas se revelan como insuficientes.

Debe destacarse que producto de la inexistencia de una custodia compartida se crean problemáticas como la alienación parental (El colocar a un hijo en contra del otro padre dado por la degeneración de la imagen del padre), la cual constituye un verdadero problema para la familia ecuatoriana dado que el menor es manipulado psicológicamente por uno de los progenitores, creándose una imagen tergiversada y negativa del progenitor que no posee la custodia, derivando tal fenómeno en rechazos, odio, agresividad y conductas antisociales en el niño que comprometen significativamente su futura inserción social y por ende su desarrollo integral.

La necesidad de implementar un conjunto de medidas legales a través de las cuales se logre una custodia compartida efectiva garantizará la participación activa de los progenitores y, en consecuencia, el desarrollo equilibrado del menor, logrando formar visión más amplia de la sociedad y enseñándole a manejar las complejas relaciones interpersonales, brindando al menor herramientas conductuales y de relacionamiento que le permitirán desarrollarse de forma integral insertándose plenamente en la sociedad.

CAPÍTULO I

LA FAMILIA

1.1.El matrimonio

Proviene del "latín matrem (madre) y moniun (calidad de)" (Villagómez, 2012, p. 36) como queda expuesto, desde los albores de la humanidad el matrimonio fue relacionado con la familia, siendo la madre el elemento sentimental más importante desde tiempos inmemoriales; se puede percibir que existe una relación estrecha entre el cuidado que brinda una madre y las atenciones que esperaba el hombre recibir de su futura esposa, siendo una sustitución para el hombre del calor materno por el calor de una mujer que no solamente lo satisfacerá en un ámbito espiritual y familiar.

El matrimonio entonces se precisa como toda unión entre un hombre y una mujer, que establecen un lazo conyugal, caracterizado por que busca la fundación de una nueva familia y su reconocimiento en aspectos sociales, culturales o jurídicos, que se encuentra amparado por la ley y también por los aspectos religiosos.

Para Grisanti el matrimonio *"en sentido jurídico – formal es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley"* (Grisanti, 2010, p. 26), esto implica que debe ser legalmente reconocido el matrimonio civil, en el caso del Estado ecuatoriano en la oficina del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes.

López citado por Bossert & Zannnoni, define al matrimonio como *"la comunidad de vida protegida por la ley que por mutuo acuerdo y perpetuidad, establecen entre sí un hombre y una mujer"* (Bossert & Zannoni, 2010, p. 26), para este autor se adiciona el mutuo acuerdo y perpetuidad, dejando de lado el forzamiento u obligatoriedad para contraerlo, el matrimonio es ese vínculo que nace por la voluntad de quienes lo contraen, es decir, una pareja conformada por un hombre y una mujer sin impedimentos para contraerlo y cumpliendo con los requisitos prescritos en la ley para celebrarlo.

En el artículo 67 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador define, al matrimonio como "la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre

consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal" (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En esta definición se sientan las bases del matrimonio, pero no se definen los requisitos y objetivos del acuerdo matrimonial, también el artículo 67 prevé la igualdad de derechos y obligaciones entre las partes.

El artículo 81 del Código Civil Ecuatoriano define al matrimonio como: *"Un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente"* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009,p 58)

Rodríguez (2013) señala que esta definición se remonta a más de un siglo, no tiene el texto original pero se mantiene el mismo objetivo para el matrimonio. El matrimonio puede ser civil o religioso, y, de acuerdo con el sistema los derechos, deberes y obligaciones del matrimonio son diferentes. Además, debe destacarse que en el mundo occidental ha demostrado que el matrimonio civil y religioso, no tienen por necesidad que ir de la mano sino que cada institución depende de la cultura, tradición e idiosincrasia de la región en la cual se realice.

1.1.1. Antecedentes históricos del matrimonio

El matrimonio es considerado una de las primeras instituciones jurídicas, sociales y religiosas creadas por las primeras civilizaciones que poblaron el mundo antiguo, haciendo alusión al primer cuerpo legal hallado hasta nuestros días, el denominado *Códice de Ur–Nammun*, antigua Ciudad Mesopotámica, creado 2050 años antes de Cristo, el mismo hace mención a las palabras desposaba o esposo, al contrato matrimonial, y normas sobre éste, lo cual indica que a la época existía el matrimonio como institución pública.

En el mencionado código no existe una sistematización comparable a los códigos actuales. Difiere de los mismos en que no hace mención a las definiciones de los términos a regular, sino solamente establece sanciones y obligaciones. El matrimonio era considerado con el mismo peso legal que un contrato, el cual era respetado y acatado por las costumbres de la sociedad Sumeria.

Luarna (2010) indica que se debe destacar que 300 años después de la conformación del *Códice de Ur–Nammun* en la misma región Mesopotámica la civilización Babilónica heredera directa del pueblo Sumerio también desarrolló un código legal conocido como Código de Hammurabi hacia el año 1760 antes de nuestra era. Un código más desarrollado y sistematizado pero adolecía al igual que el *Código de Ur–Nammun*, de las definiciones jurídicas de los diferentes términos contenidos en sus artículos. El Código de Hammurabi en el artículo 128 establecía que: *"Si alguien toma esposa, pero no redacta un contrato sobre ella, esa mujer no es esposa"*. Este artículo pone de manifiesto que en la época se manejaba el concepto de matrimonio como una tradición, estableciéndose obligaciones por parte del hombre antes de desposar una mujer para revestir de legalidad dicho hecho ante la sociedad.

También en la época se pusieron de manifiesto las regulaciones en caso de que la mujer cometiese faltas dentro del matrimonio. Se debe tomar en cuenta que a pesar de ser la sociedad mesopotámica patriarcal, existían casos en los que se favorecía el papel de la mujer dentro del matrimonio como se demuestra en el artículo 142 que dice:

> Si una mujer siente rechazo hacia su marido y declara: «Ya no vas a tomarme», que su caso sea decidido por el barrio y, si ella guardó su cuerpo y no hay falta alguna, y su marido suele salir y es muy desconsiderado con ella, esa mujer no es culpable; que recupere su dote y marche a casa de su padre (Luarna, 2010).

En dicho artículo se manifiesta un incipiente deseo de igualdad de derechos entre hombres y mujeres dentro del matrimonio.

Posteriormente en el antiguo derecho Romano se pormenorizan con especificaciones claras y concisas los requisitos indispensables del matrimonio así como sus efectos denominándose al mismos *iustae nuptiae*. Se ha tomado dicho modelo como base legal hasta la actualidad, *"Tuvo en Roma marcada importancia el matrimonio por su finalidad procreativa de hijos que, por razones políticas y religiosas, hicieron posible la perpetuación de las familias o gens"* (Velez & Velez, 2013).

Inicialmente el matrimonio se realizó como costumbre sin ser revestido de un carácter jurídico, siendo solamente requisito la convivencia de un hombre y mujer con la intensión de procrear y hacer vida en común.

En el antiguo derecho romano conocido como digesto Modestino[1] define al matrimonio como *"Las nupcias son unión del varón y de la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano"* (Bibliotecas Jurídicas UNAM, 2011). Esta definición abarca un conjunto de requerimientos que revisten de legalidad al matrimonio entre los cuales se destaca la unión de dos personas de diferente sexo, sus intereses comunes y un compromiso de por vida, revistiéndose dicho hecho además de su significación civil de un significado religioso, el cual justificaba la unión entre dos personas de diferentes sexos como un hecho divino.

En el Digesto en los capítulos XXIII y XXIV se encuentran todos los datos correspondientes a los esponsales, los cuales significaban la promesa para contraer nupcias, especificándose que existían dos tipos de matrimonio: Matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*, en el matrimonio *cum manu* la mujer desposada se separaba de su familia paterna e ingresaba a la familia del esposo, en el matrimonio *sine manu* la mujer desposada no perdía su vínculo familiar por lo que continuaba gozando de sus derechos familiares dentro de la familia de su padre. (Bibliotecas Jurídicas UNAM, 2011)

> El matrimonio en el antiguo derecho romano debía celebrarse con el cumplimiento de un conjunto de requisitos entre los cuales se debe destacar, la capacidad jurídica, capacidad sexual para procrear, consentimiento de los contrayentes, y consentimiento de los paterfamilias en caso de que uno de los contrayentes careciese de capacidad patrimonial (Stein, 2011, p. 115)

El siguiente referente histórico es la Iglesia Católica que ha jugado un papel de vital importancia en la evolución del matrimonio como institución social y jurídica poniéndose de manifiesto:

> El matrimonio fue declarado indisoluble. Dignificó a la mujer, elevándola a la condición de compañera y amiga y ordenando a los maridos guardarles fidelidad y amarlas… Y sentó el principio moralizador de que la celebración del matrimonio requiere la libre voluntad de los contrayentes, con lo que combatía no sólo las formas bárbaras de la violencia y la compra, sino también las más evolucionadas, pero no menos repudiables de los *"matrimonio de conveniencia" concertados por los padres a espaldas de los propios interesados* (Borda, 2013, p. 37)

[1] Digesto Modestino: Herenio Modestino jurista del siglo III, quien aporta con normas de conducta.

Aguila (2012), señala que la Iglesia Católica se transformó en una institución moralista con la finalidad de establecer conceptos y límites a las instituciones jurídicas, y brindar un estatus de igualdad a la mujer dentro de la institución del matrimonio, aspecto novedoso si se toma en cuenta que ningún ordenamiento jurídico proveía igualdad de derechos a la mujer y a el hombre dentro del matrimonio.

1.1.2. El matrimonio en Ecuador

Durante el período histórico del colonialismo español en Ecuador el matrimonio estaba regido por las normas del derecho canónico siendo la Iglesia Católica la única institución que podía celebrar o disolver de forma excepcional el mismo. En 1889 luego de la independencia del Ecuador de los colonialistas españoles, se adopta el Código de Andrés Bello (1840) el cual expone en su art. 100 que:

> Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer ósea contraído la ley civil, reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la iglesia Católica: y toca la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa a ellos (p. 3)

En la cita anterior queda claramente establecido que solamente los casos que la Iglesia Católica consideraba como inviables para el matrimonio podrían dar paso a la anulación del mismo. Es de hacer notar que solamente la incapacidad de realizar el acto sexual por parte de uno de los cónyuges era causa de dispensa papal o en caso de que uno de los cónyuges se sintiese llamado a la vocación sacerdotal luego de un estudio de las autoridades eclesiásticas podría existir la dispensa.

En 1902 con la Revolución Liberal sucedieron una serie de cambios sociales, políticos y económicos que trajeron con sí cambios en el aspecto jurídico de la nación, destacándose entre dichas transformaciones la ley del Matrimonio Civil, la cual fue aplicada a partir del 19 de enero de 1903 socavando de forma notable la tradicional influencia política, social y económica que ostentaba la Iglesia Católica hasta la fecha.

En el año 1903 el divorcio solamente se podía llevar a cabo en caso de adulterio por parte de la mujer, pero en 1904, 1910 y 1912 fueron fechas en las que se aprobaron

nuevas causas para el divorcio, incrementándose de forma notable este fenómeno. (Universidad San Francisco de Quito, 2011)

Toda esta situación desarrolló los derechos civiles tanto de hombres como mujeres los cuales hasta la fecha se veían obligados a convivir e inclusive contraer matrimonios por arreglos familiares e intereses económicos, utilizando como justificación el credo católico que imperó en la sociedad ecuatoriana desde su colonización hasta su independencia.

El credo plantea que lo que Dios ha unido que los hombres no lo separen, planteamiento que en la mayoría de las uniones realizadas no primaron sentimientos de amor y respeto, así como deseos de cumplir con los requisitos básicos del matrimonio tales como la convivencia y procreación de hijos.

En la Constitución de 1978 queda reconocida la unión monogámica y estable, la cual brindaba efectos patrimoniales iguales al matrimonio, quedando completamente regulada esta situación por la ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de Diciembre de 1982, p.10.

Los derechos del matrimonio se afianzan a través de la ley 43 promulgada en el Registro oficial 256 del 18 de Agosto de 1989 el cual incrementa de forma notable la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges.

Hasta la actualidad el matrimonio ha sufrido, desde el punto jurídico, pocas transformaciones conceptuales manteniéndose sus finalidades básicas de convivencia, procreación y auxilio mutuo, en la actualidad el matrimonio tiende al desarrollo desde el punto de vista conceptual.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

2.1.El divorcio

En el manual de práctica procesal el Dr. José García Falconí (2004) define al divorcio como: *"La separación legal de un hombre y su mujer, producida por alguna causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes"* (p. 126).

2.1.1. Historia del divorcio

El divorcio al igual que el matrimonio se remonta a las primeras civilizaciones de la humanidad. Es la consecuencia directa de la unión de dos personas para poner fin a dicho laso debido a que el ser humano vive en constante desarrollo y transformación tanto desde el punto de vista individual y social, *El Códice Ur-Nammun* aborda la separación de la siguiente forma Artículo 9 *"Si un hombre repudiaba a su primera esposa, pagaba mana (=500 gr.) de plata"* (Universidad de Cantabria, 2010).

En este código se aborda el repudio con un carácter punitivo en el cual el hombre que repudiaba a una mujer debía pagar una multa preestablecida en dicho código. El Código Hammurabi mejor desarrollado que el anterior, recogía con mayor exactitud la regulación acerca del divorcio o repudio sin encontrarse definiciones exactas sobre términos jurídicos para llevar a cabo dicha acción.

> El Art. 137 de dicho código plantea "Si un hombre quiere divorciarse de una (sacerdotisa) shugitum que le ha dado hijos, o de una (sacerdotisa) naditumque le ha dado hijos, que a esa mujer le devuelvan su dote; además le darán la mitad del campo, de la huerta y de los bienes muebles, y criará a sus hijos; desde que haya criado a sus hijos, que a ella, de todo lo que les fue entregado a sus hijos, le den una parte como a un heredero más, y que case con ella el marido que a ella le guste." (Luarna, 2010).

Queda de manifiesto en el mismo que en la época existía una preocupación sobre los bienes patrimoniales existentes dentro del matrimonio, los cuales debían ser divididos de forma equitativa, en muchos de los artículos recogidos en este código se

prestaba una especial atención a la mujer con vistas a que no quedase desamparada como queda de manifiesto en el Art. 142 del Código el cual expresa *"Si una mujer siente rechazo hacia su marido y declara: «Ya no vas a tomarme», que su caso sea decidido por el barrio y, si ella guardó su cuerpo y no hay falta alguna, y su marido suele salir y es muy desconsiderado con ella, esa mujer no es culpable; que recupere su dote y marche a casa de su padre.*" (Luarna, 2010). Es loable observar que en tiempos tan remotos, la mujer gozase del mismo derecho que el hombre para solicitar la anulación del matrimonio, cumpliendo únicamente el requisito de haber mantenido una actitud intachable.

"La mujer del César no solo debe ser honrada sino parecerlo" (Lozada, 2009: 35). En la antigua Roma las causas de divorcio estaban dadas por la infidelidad de la mujer, acción que podía llevarse a cabo solamente por el mero hecho de existir sospechas pero sin pruebas tangibles. El ejemplo clásico de la historia en el que se anula un matrimonio solamente por sospechas está dado por la acción de Julio César al anular su matrimonio sin tener pruebas convincentes de la existencia de adulterio, a lo que alegó que la mujer del César no solamente debe ser virtuosa sino parecerlo.

Es de destacar que en la medida que evolucionó la sociedad romana se dio paso a una nueva causa de divorcio la denominada falta de afecto marital. Consistía en que al no existir el suficiente compromiso por una de las dos partes, era causa suficiente para abolir el matrimonio, aspecto que aún en la actualidad prevalece aunque ahora se le denomina incompatibilidad de caracteres.

Varios emperadores romanos trataron de regular el divorcio con la finalidad de disminuir los elevados índices del mismo existente en la sociedad romana entre los cuales se destacó el Emperador Justiniano, quien enriqueció el derecho romano de forma tal que se incrementasen los requisitos para impedir la disolución del matrimonio. (Villagómez, Evolución histórica del divorcio, 2011)

El siglo XVIII conocido como el siglo de las luces trajo cambios económicos, políticos y sociales a los que no escaparon los códigos civiles existentes en la época. Fue en Francia en el año 1792, donde se redacta la primera ley de divorcio que planteaba que "en esta ley se consagró el divorcio consensual, ratificado luego por el

Código Civil de Napoleón". (Stein, 2001, p. 134). A partir de este punto, los códigos civiles mundiales, principalmente europeos abordarían sin restricciones el divorcio como una institución en contraposición directa a las normas y cánones establecidos hasta el momento por la Iglesia Católica.

2.1.2. El divorcio en Ecuador

El divorcio en la época colonial era inexistente debido a que el matrimonio estaba sustentado sobre los mandatos del derecho eclesiástico y la ley de las 12 tablas, el cual instituía al matrimonio de por vida siendo posible una dispensa papal. El Art. 1015 del Código Canónico planteaba que el matrimonio válido de los cristianos se llama rato si todavía no se ha consumado; rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto matrimonial y por el que los cónyuges se hacen una sola carne. En conclusión, en la época colonial solamente existían dos causas a través de las cuales se podía acceder a la separación autorizada, en primer lugar si uno de los cónyuges decidía ingresar a una orden religiosa y en segundo lugar si se probaba el adulterio de la mujer, con la resolución de la autoridad religiosa de mayor categoría de la región, en este caso por el Obispo de Quito.

La época republicana dio inicio en tierras quiteñas luego de la batalla de Pichincha el 24 de mayo de 1822, cuando Ecuador pasó a formar parte de la Gran Colombia, rigiéndose en todos sus aspectos legales por la Constitución de Cucuta de Agosto de 1821 hasta el 13 de mayo de 1830. Cuando Ecuador se separa de la Gran Colombia, rigiendo las leyes civiles a partir de las leyes españolas que imperaron durante la colonia y solamente haciendo tímidas transformaciones en las mismas. Fue en 1855 en que se aprueba el primer Código Civil ecuatoriano utilizando como ejemplo el Código Civil de la República de Chile adaptándolo a las costumbres e idiosincrasia del pueblo ecuatoriano puesto en vigencia en 1861, en el cual quedaron manifiestas el espíritu e ideas del Código napoleónico a su vez inspirado en las leyes de Robespiere y del Derecho Romano. (Universidad San Francisco de Quito, 2011)

En dicho Código el Art. 99 definía legalmente al matrimonio como: *"un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisoluble y por toda la vida con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente"* (Villagómez, 2011, p. 144).

En el código Civil de 1861 no existía ningún artículo que abordase el divorcio, debido a que la Iglesia Católica mantenía su plena jerarquía y por ende primaba el Derecho Canónico, pero el Art. 119 de dicho Código Civil aceptaba la disolución del matrimonio siendo la principal causa la muerte de uno de los contrayentes. Lo anteriormente expuesto plasma el pensamiento y la actitud social existente en el siglo XVII, momento histórico en el cual no era concebible el divorcio debido a la fuerte influencia de la Iglesia sobre la vida social y política de la época.

"*Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio toca a la autoridad eclesiástica juzgar; y la disolución pronunciada por ella surtirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte"* (Villagómez, 2011, p. 144). Es de destacar que en la época a la cual hace referencia la cita, el matrimonio como en la actualidad era considerado un sacramento sagrado de la Iglesia que solamente podía ser disuelto si uno de los cónyuges fallecía, otra causa posible de disolución del matrimonio era a través de la dispensa papal únicamente otorgada si uno de los cónyuges era incapaz de realizar el acto sexual.

Las transformaciones realizadas al Código Civil en 1889, planteaban en su Art. 163 que la Iglesia conservaba su autoridad para dar solución a la disolución del vínculo, reservándose las judicaturas civiles la facultad de dar resolución a las dificultades concernientes a bienes conyugales, crianza de hijos, habitación y alimentos de la mujer así como las cuestiones legales que se derivasen de dicha situación. En la actualidad, en Ecuador, el divorcio es de tipo vincular, ya que el mismo consiste en la terminación de la cohabitación o convivencia de los cónyuges dictaminado por una sentencia judicial.

2.1.3. Tipos de divorcio

El divorcio se clasifica en:

Divorcio desvincular: Este tipo de divorcio se incluye como una autorización judicial de separación matrimonial, en el que los cónyuges no están en la capacidad de volver a casarse. Esta clasificación, a pesar de que estaba en la ley ecuatoriana actualmente ya no figura en el Código Civil.

Divorcio vincular: Este tipo de divorcio afecta el matrimonio, por lo que se disuelve y deja a su cónyuge libre para volver a casarse., el mismo que se subdivide en:

- **Divorcio consensual:** Expresa la voluntad de los cónyuges de dar por terminado el matrimonio, tal como lo expresa el Art 107 del Código Civil planteando que *"Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse… los cónyuges manifestarán, por escrito, por si o por medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges."* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009, p. 23).

- **Divorcio contencioso:** Este tipo de divorcio se caracteriza porque uno de los cónyuges no está de acuerdo en poner fin al matrimonio, por lo cual se presenta el juicio de divorcio amparado ante una de las causales para solicitar el mismo.

2.1.4. Causales de divorcio

Se puede definir como causal de divorcio a las faltas que puedan cometer los cónyuges que afecten de forma directa el concepto y finalidad del matrimonio de forma tal que sus acciones repercutan contra la institución.

El Código Civil en su Art. 110 plantea las once causales de divorcio que son:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.

4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos

Al abordar el tema del divorcio es necesario que el actor del juicio demuestre una de las causales que dan pie a la disolución del vínculo matrimonial, evidenciándose que la disolución del vínculo matrimonial en la actual legislación ecuatoriana posee numerosas causales que justifican tal decisión, de modo que es frecuente dicho fenómeno y más aun tomándose en cuenta que el matrimonio en Ecuador es una institución utilizada principalmente por jóvenes sin experiencia que ven en dicha figura legal más que una responsabilidad una experiencia de vida.

Debe también señalarse que (Grisanti, 2010) explica que como resultado del incremento significativo del número de divorcios a nivel nacional se han tomado medidas que regulan y limitan el acceso al mismo, tal y como la prohibición de contraer matrimonio a los menores de edad incluso con la autorización de los progenitores, salvedad utilizada anteriormente que permitía que menores accediesen al matrimonio.

CAPÍTULO III

LA CUSTODIA DE LOS HIJOS

3.1.La responsabilidad parental

Se revela como la institución del derecho de familia a través de la cual se logra una regulación efectiva de las relaciones interpersonales que se establecen entre los progenitores y los hijos, abarcando del mismo modo otros tipos de relaciones dirigidas a precautelar, educar, atender y prevenir cualquier tipo de daño, físico, psicológico y mental que pueda afectar a los niños.

La responsabilidad parental se fundamenta en la cooparentalidad de aquellas personas encargadas del cuidado y atención de los menores de modo que se garantice el cumplimiento pleno de los derechos de la niñez enmarcado en los acuerdos adoptados en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional signado por Ecuador en 1989 en los cuales se reconocen los derechos del niño, su autodeterminación, su pleno derecho a ser escuchado, así como el derecho pleno a la educación, alimentación, cuidado y recreación.

La maternidad paternidad responsable son los pilares que permiten el desarrollo de los niños y jóvenes física, psicológica y emocionalmente, lo que permite una serie de acciones y actitudes que hacen a la paternidad responsable la base de la formación de las personas que permiten desarrollar una sociedad equilibrada, estable y productiva.

La familia es el fundamento de la sociedad, es el núcleo, que forma a los ciudadanos del futuro, debido a la importancia de la familia se deben cumplir con un conjunto de valores que les permiten ser un refugio y un escaparate de las virtudes que en la que primen los valores y principios que crean una sociedad y un mundo mejor.

Según las estadísticas del último censo del INEC (2010), el matrimonio es una institución civil que desde 1980 ha disminuido rápidamente en Ecuador, donde los sindicatos laborales y en tiempo real fueron más frecuentes que los matrimonios.

(Rodríguez, 2013), explica que la crisis económica de finales de la década del 90 afectó a Ecuador, además el fenómeno de la migración ha llevado al hecho de que las familias que permanecieron en el país prestaron menos atención a sus miembros por pasar más tiempo trabajando.

3.2.La tenencia o guarda y custodia

Es el conjunto de deberes y derechos que se deriva de la relación que se establece con los hijos, siendo responsabilidad de los progenitores tomar decisiones sobre los menores y representarlos legalmente, así como la salvaguarda y custodia de sus propiedades.

La guarda o custodia pueden consiste las acciones dirigidas al cuidado y asistencia de los menores, que pueden ser asumidas por uno de los cónyuges o entre ambos. La guarda o custodia podrá ser asumida también por parientes cercanos en caso de que los progenitores hubiesen muerto, se encontrasen en el extranjero o fuesen víctimas de enfermedades catastróficas.

La custodia se aborda como un derecho específico, el cual se enfoca en la tenencia física del hijo en sentido material, la misma puede ser atribuida a uno o ambos cónyuges o terceras personas en caso necesario, debe señalarse que en aquellos casos en los que no se verifique la existencia de sociedad conyugal el juez determinará el régimen de visitas para el progenitor no custodio.

La custodia ha pasado a ser un tema complejo en las ciencias jurídicas dada las transformaciones de la familia y las nuevas relaciones que se establecen entre los ex cónyuges, prevaleciendo el interés superior del niño y el respeto pleno al derecho a desarrollarse en un ambiente equilibrado, sano y que potencialice sus capacidades físicas, psicológicas y mentales.

Coinciden la Convención de Derechos del Niño y el Código de la Niñez y Adolescencia el derecho del niño a contar con ambos progenitores con la salvedad de aquellos casos en los que dicha relación pueda significar un riesgo físico, psicológico y mental del menor.

En Ecuador la tendencia generalizada se inclina por otorgar la custodia del menor a las madres, aunque se valoran aspectos para garantizar una decisión que favorezca el desarrollo integral del menor tales como la disposición de tiempo de los menores, comportamiento de los mismos. Del mismo modo se considera la opinión de los niños mayores de 12 años y se estudian y valoran comportamientos de los menores que puedan determinar la existencia de adicciones toxico maniáticas y alcoholismo.

El régimen de custodia del menor en Ecuador puede ser modificado tomándose en cuenta la voluntad del menor, cambios de domicilio que alejen al menor de su entorno habitual, por cambios en los horarios de trabajo del custodio o enfermedades adquiridas por el progenitor custodio que pueden afectar o limitar el ejercicio de las obligaciones contraídas para la custodia del menor.

3.3.Régimen de visitas

García (2013) explica que el régimen de visitas se revela como un derecho de atención esencial a los que intervienen en la crianza de los hijos, garantizándose de esta forma el intercambio y contacto filiar y/o socio afectivo, el régimen de visitas se determinará tomándose en cuenta la relación existente entre los progenitores y las necesidades del niño, de modo que se garantice un ambiente cordial y satisfactorio para el desarrollo integral del niño.

Existen un conjunto de elementos que intervienen en el régimen de visitas a ser considerados, subordinados a los requerimientos del niño, tales como la edad, escolaridad, tiempo libre y vida social. Es decir, la decisión del régimen de visitas se subordinará al interés superior del niño de modo que los progenitores puedan contribuir activamente en el desarrollo integral del mismo.

Es de destacar que los factores biológicos y psicológicos en cada individuo varían por lo que es imposible estandarizar el régimen de visitas, subordinándose el mismo a las necesidades propias de cada niño, enfatizándose en la necesidad de lograr un ambiente de equilibrio y desarrollo físico y psicológico adecuado para el niño. El cumplimiento de las pensiones alimenticias por sí solo no garantiza el desarrollo

integral del niño debiéndose tomar en cuenta que existen necesidades afectivas de vital importancia en la niñez y adolescencia a ser suplidas por ambos progenitores.

Por su parte el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 122 plantea que:

> Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.
> Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, sicológica o sexual el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, Art. 122).

Lo anteriormente expuesto ratifica el interés superior del niño, es decir, el régimen de visitas se subordinará a la necesidad de garantizar los derechos básicos del niño y el desarrollo y crecimiento del mismo en un ambiente en el que se respeten plenamente sus capacidades psicológicas, físicas y mentales. Puede afirmarse, entonces, que el régimen de visitas es un derecho de los progenitores y de los hijos que se subordina a los intereses y necesidades del niño.

Por su parte el Art. 123 del mismo cuerpo legal señala:

> Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.
> Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:
> 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
> 2. Los informes técnicos que estimen necesarios (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, Art. 123).

La regulación del régimen de visitas de no lograrse a través de un acuerdo entre las partes se tomará valorando el cumplimento de las obligaciones paternales, así como el juicio que emitan los informes técnicos que estudien el caso en específico.

El Art. 124 de la misma norma señala:

> Extensión.- El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, Art. 124).

El artículo anterior revela el compromiso de la justicia ecuatoriana con la precautelación de los intereses y derechos del niño al garantizar un ambiente en el que pueda interactuar no solo con familiares y parientes sino también con personas que posean vínculos cercanos con el niño, de tal manera que el niño se desarrolle integralmente.

3.4.La custodia monoparental y sus limitaciones

La normativa ecuatoriana se caracteriza por generalmente ejercer la custodia monoparental, es decir, la madre quedará con la custodia del menor, mientras que el progenitor podrá contactar con el mismo a través del régimen de visitas establecido por el juez competente. Así se constituye como la responsable de la educación, salud, esparcimiento u otras actividades necesarias para el desarrollo integral del menor, mientras que el padre quedará generalmente limitado a un pago de manutención y a visitas con horarios preestablecidos.

Debe destacarse, que la custodia monoparental limita los derechos del menor, al no permitirle un contacto permanente con el progenitor o con la familia del mismo, de modo que tal decisión potencializa fenómenos negativos como la alineación parental muy frecuente en la actualidad que se traduce en daños psicológicos y mentales en el menor y por ende la imposibilidad de lograr un desarrollo integral del menor.

Frecuentemente, posterior al divorcio los ex cónyuges deciden de mutuo acuerdo adoptar la custodia monoparental, quedando de esta forma el padre limitado, situación que se agrava cuando la madre establece una nueva relación verificándose que la nueva pareja ocupa el rol de padre en detrimento del progenitor.

Tal tendencia de custodia monoparental en la mayoría de los casos potencializa conflictos entre los ex cónyuges que repercuten significativamente sobre el desarrollo integral del menor, hasta el punto que es frecuente que sean los menores que se desarrollan en un ambiente de custodia monoparental los que mayores dificultades psicológicas revelan al momento de insertarse en la sociedad.

3.5.La custodia compartida

La custodia compartida, se aborda como la modalidad de ejercicio de cuidado y atención del menor en la cual los ex cónyuges acuerdan el establecimiento de una relación basada en principios de cooperación, respeto y constante atención a las necesidades que pueda presentar el menor en su desarrollo integral.

Cabe destacar que la custodia compartida se revela como un mecanismo legal que garantiza a ambos progenitores una participación activa y en consecuencia una mejor atención con el objetivo de satisfacer los intereses y necesidades del menor. Del mismo modo la custodia compartida garantiza un canal de comunicación abierto entre los ex cónyuges que puede traducirse en una resolución expedita de controversias o desacuerdos que puedan presentarse entre las partes.

Desde el punto de vista teórico se aborda la custodia compartida como el acuerdo legal posterior a la separación o divorcio en el cual se concede la custodia legal de los hijos menores de edad a ambos progenitores, asegurándose de esta forma una equidad en cuanto a las condiciones y derechos de participación en el cuidado y atención para ambos progenitores.

La custodia compartida se revela más conveniente a la custodia monoparental dado que al asegurar la posibilidad de participar de forma activa de ambos progenitores en el cuidado y atención del menor se garantiza un desarrollo integral óptimo del mismo, lográndose del mismo modo que el menor participe de forma activa en los cambios y transformaciones que acaecen en su entorno y por consecuencia asegurándose una inserción adecuada del mismo en la sociedad.

Puede entonces asegurarse que la custodia compartida se manifiesta como la posibilidad para ambos progenitores de dar continuidad a sus derechos y deberes como padres en las mismas condiciones que al momento de verificarse la sociedad conyugal, de ahí que pueda asegurarse que la custodia compartida garantiza plenamente los derechos del niños y en particular el derecho a la relación con los progenitores y a desarrollarse en un ambiente equilibrado.

3.5.1. Formas de custodia compartida

Partiendo desde la máxima que afirma que la custodia compartida es aquella en la cual los progenitores mantendrán plenamente sus derechos y deberes en el cuidado y atención de los menores en las mismas condiciones verificadas antes del divorcio se plantean un conjunto de formas en las cuales este derecho puede ser plasmado:

Custodia compartida cuasi tradicional: Es aquella en la que la permanencia de los hijos se alterna en los domicilios de los ex cónyuges abarcándose todos los periodos del año incluyéndose vacaciones, es decir existe un constante intercambio del menor, de modo que el mismo logre una relación plena con ambos progenitores y por consecuencia un desarrollo integral.

Custodia compartida por semanas alternas: Es aquella en la cual el día lunes se toma como día de transición, y entre semanas la mitad del día la pasa con un progenitor y por la tarde con otro, del mismo modo las vacaciones escolares serán divididas al 50% con cada uno de los progenitores.

Custodia compartida por meses: Es aquella en la cual el 1 de cada mes el menor pasa a vivir con uno de los padres, garantizándose el intercambio de visitas reguladas, también el periodo de vacaciones escolares será subdivida al 50% entre los progenitores.

Custodia compartida por semestres: mantiene las mismas condiciones que la custodia compartida por meses, diferenciándose solamente porque el periodo de estancia del hogar de uno de los progenitores será por un mayor tiempo.

Custodia compartida por años escolares: Se establece que el menor convivirá con uno de los progenitores a lo largo de un año escolar, finalizado el mismo procederá a vivir con el otro progenitor, mientras que las vacaciones escolares se dividirá entre los dos progenitores.

3.5.2. Situación actual de la custodia en Ecuador

Con el objetivo de establecer la situación actual de la custodia en Ecuador se aplicó una encuesta aleatoria a 200 habitantes del Distrito Metropolitano de Quito, obteniéndose los siguientes resultados:

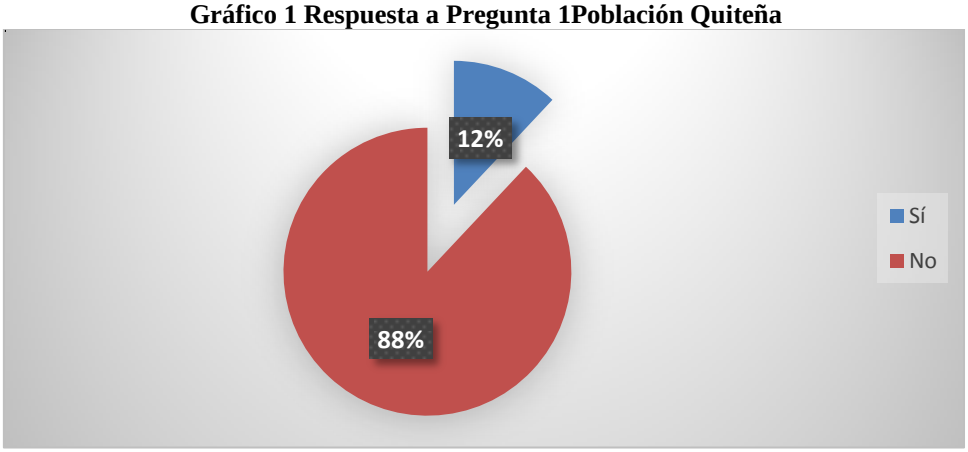
1. **¿Conoce usted que existe la custodia compartida?**

Tabla 1Respuesta a Pregunta 1Población Quiteña

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Sí	24	12%
No	176	88%
Total	**200**	**100%**

Fuente: Encuesta a Población Quiteña
Elaborado por: El Investigador

Gráfico 1 Respuesta a Pregunta 1Población Quiteña



Fuente: Encuesta a Población Quiteña
Elaborado por: El Investigador

Análisis e interpretación: De los 200 pobladores quiteños encuestados, 176 que representan el 88% del total que desconocen la existencia de la custodia compartida en la legislación ecuatoriana y, 24 pobladores quiteños que representan el 12% del total que si conocen la existencia de la custodia compartida en la legislación ecuatoriana. De la información anterior se desprende que la mayoría de los pobladores quiteños encuestados no conocen la existencia de la custodia compartida en la legislación ecuatoriana.

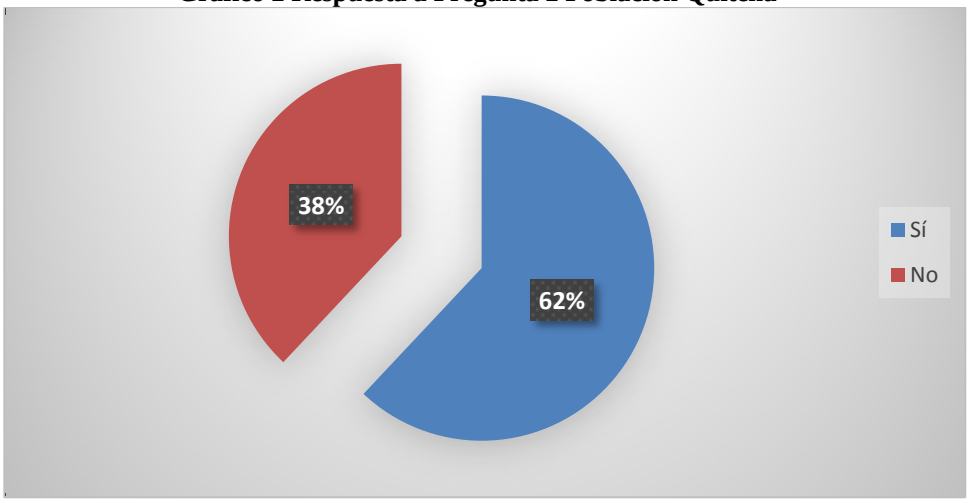
2. **¿Ha tenido usted conocimiento de casos en los que uno de los padres dañe, denigre o calumnie al otro progenitor ante sus hijos?**

Tabla 2 Respuesta a Pregunta 2 Población Quiteña

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Sí	124	62%
No	76	38%
Total	**200**	**100%**

Fuente: Encuesta a Población Quiteña
Elaborado por: El investigador

Gráfico 2 Respuesta a Pregunta 2 Población Quiteña



Fuente: Encuesta a Población Quiteña
Elaborado por: El investigador

Análisis e interpretación: De los 200 pobladores quiteños encuestados, 124 que representan el 62% del total plantean que sí conocen casos en los que uno de los padres denigra, calumnia o socava de alguna forma la imagen del otro padre ante sus hijos dado el rencor que se origina de una separación, infidelidad u otra causa que provocó la ruptura del hogar y, 76 pobladores quiteños que representan el 38% del total plantean que no han tenido conocimiento de casos en los cuales uno de los padres denigre o mancille la honra del otro progenitor dado a que en la mayoría de los casos de separaciones o divorcios, lo realizan por la vía legal y simplemente se limitan a cumplir con el acuerdo legal, De la información anterior se desprende que la mayoría de los pobladores quiteños encuestados conocen casos en los que un progenitor denigre, calumnie o genera algún tipo de daño a la imagen del otro progenitor ante sus hijos como forma de venganza por la destrucción del hogar o abandono de la familia.

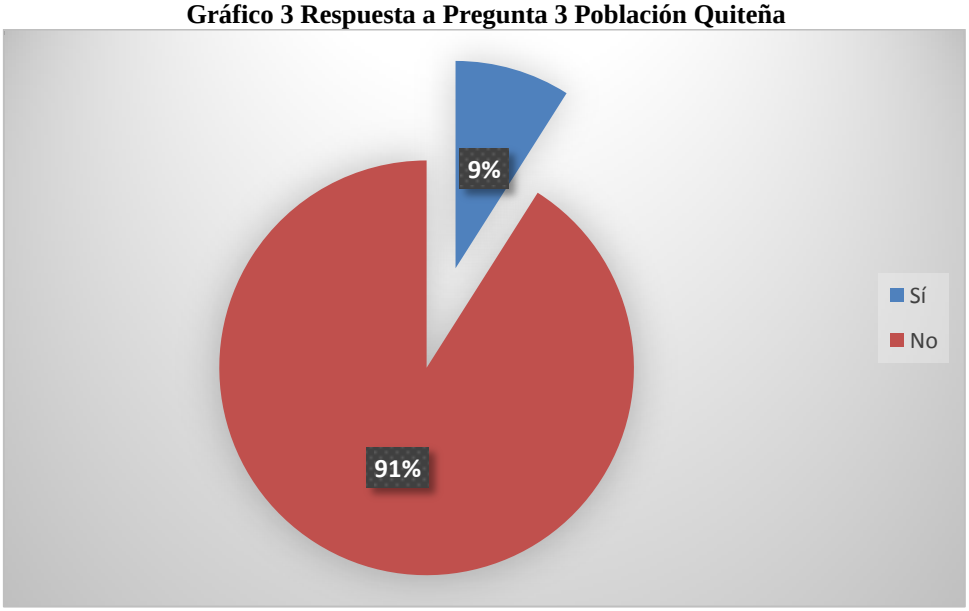
3. **¿Actualmente existe un respeto por parte de las parejas separadas o divorciadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes?**

Tabla 3Respuesta a Pregunta 3 Población Quiteña

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Sí	18	9%
No	182	91%
Total	**200**	**100%**

Fuente: Encuesta a Población Quiteña
Elaborado por: El investigador

Gráfico 3 Respuesta a Pregunta 3 Población Quiteña



Fuente: Encuesta a Población Quiteña
Elaborado por: El Investigador

Análisis e interpretación: De los 200 pobladores quiteños encuestados, 182 que representan el 91% del total estiman que actualmente no existe un respeto por parte de las parejas separadas o divorciadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y 18 pobladores quiteños que representan el 9% del total estiman que actualmente sí existe un respeto por parte de las parejas separadas o divorciadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De la información anterior se desprende que la mayoría de los pobladores quiteños encuestados estiman que actualmente no existe un respeto por parte de las parejas separadas o divorciadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO IV

DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA Y SER ESCUCHADOS

4.1.La familia

La Constitución de la República del Ecuador reconoce a la familia como:

> Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.
> El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal" (Constitución, 2008, Art. 67)

La familia puede ser definida como la célula estructural y funcional de la sociedad, es decir el elemento imprescindible para el crecimiento y desarrollo social, de ahí que constituya una prioridad para el Estado su mantenimiento y preservación como una institución capaz de perpetuar y mantener valores sociales y culturales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos define a la familia como: "Art. 16 numeral 3,…la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Art. 16 numeral 3). Lo anteriormente expuesto ratifica la importancia brindada no solo por parte de los estados sino también por organismos internacionales a la preservación, mantenimiento y preservación de la familia como institución fundamental que garantiza el desarrollo social.

El Código de la Niñez y Adolescencia define a la familia como: "**Art. 98.-** Familia biológica.- Se entiende por familia biológica la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad" (p. 27). Una de las concepciones de familia reconocidas por la legislación vigente es la familia biológica en la cual todos sus integrantes comparten vínculos de consanguineidad, la familia constituye la base de la sociedad en la cual el individuo se

forma, desarrolla y se transforma para transformar el medio que lo circunda, de ahí la importancia de que la familia se revele como una entidad de valores y principios sociales, cívicos y morales que asegure un entorno basado en principios de tolerancia, respeto y entrega al desarrollo de los niños.

El Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza la atención priorizada a los niños, niñas y adolescentes en aspectos públicos y privados tal y como el derecho pleno a convivir en un ambiente familiar en el que se respeten los derechos y prioridades de dicha etapa de la vida, es decir la niñez y adolescencia.

El Art. 44 del mismo cuerpo legal establece el derecho pleno de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo integral en un entorno afectivo, seguro y familiar en el cual se plasmen las costumbres, hábitos y tradiciones de la sociedad en la cual se desenvuelven, siendo obligación del Estado, sociedad y familia promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes subordinándose al interés superior de los mismos o prevalencia de sus derechos sobre el resto de las personas.

El Art. 62 de la misma normativa legal reconoce plenamente a la familia en sus diversos tipos y al mismo tiempo garantiza la protección del Estado a la familia de modo que la misma pueda brindar la protección y oportunidades necesarias para la plena interacción de sus integrantes con la sociedad.

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 enfatiza la responsabilidad del Estado, la familia y la sociedad en la protección integral de niños, niñas y adolescentes, garantizándose una atención especial a los niños por ser considerados un sector social vulnerable.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 21 señala que:

> Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.
> No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

> En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, Art. 21).

Dicho artículo recalca el derecho de los niños, niñas y adolescentes al conocimiento, intercambio y atención con los progenitores, enfatizando dicho derecho en los casos en los que exista separación y garantizando que no se les privará a los niños, niñas y adolescentes bajo ningún concepto de gozar de dichas atenciones.

Por su parte el Art. 22 del mismo cuerpo legal afirma que:

> Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.
> Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.
> En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.
> El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, Art. 22).

Lo expuesto en el artículo anterior reafirma el compromiso del Estado con el mantenimiento y preservación de la familia como núcleo de la sociedad priorizando el crecimiento y desarrollo integral de los niños en un ambiente familiar en el que predominen valores de afecto y comprensión que garanticen la integración plena del niño a la sociedad.

Lo anteriormente expuesto ratifica que la familia constituye el medio idóneo para garantizar un desarrollo integral del niño siempre y cuando la misma se base en un clima de afecto, comprensión y respeto a los derechos del niño de forma que se garantice su desarrollo integral.

4.2.El derecho de los niños a ser consultados

Francia destaca como una de las naciones pioneras en la lucha por hacer prevalecer los derechos del niño de modo que en 1881 fue la primera nación en garantizar el derecho a la educación, y en 1941 prohibió el trabajo infantil, tal tendencia fue promovida por la Liga de las Naciones en 1919, siendo aceptada por la mayoría de los estados miembros, siendo posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de la misma la creación del fondo de las Naciones Unidas para la infancia, organización que promovió el respeto pleno a los derechos del niño.

Aguirre (2011) señala que uno de los primeros derechos que constituyeron la base legal del interés superior del niño se reflejó en la Declaración de Ginebra de 1924 en las que el niño debido a su inmadurez psicológica hasta el momento era considerado un sujeto de protección cuyos derechos solamente podían ser exigidos por progenitores o representantes legales, evidenciándose en dicha declaración la necesidad de permitir al niño expresarse de modo que su opinión fuese escuchada y tomada en cuenta independientemente de su condición de inmadurez psicológica.

Aveiga (2013) afirma que en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas se reconoció el derecho pleno de los niños a ser escuchados y a tomar en cuenta la declaración de los mismos en los casos y discusiones legales en los cuales estaban involucrados, siendo tal avance el preámbulo para el reconocimiento pleno del interés superior del niño, es decir se reconocieron sus derechos por encima del resto de las personas.

En la misma Convención quedó relegado al pasado el principio en el cual se desconocía tal derecho a los niños como resultado de las limitaciones propias de la edad y madurez, es decir se logró establecer una relación democrática entre niños y adultos, confiriéndose a los primeros el derecho a opinar y ser escuchados.

Ecuador al ser un Estado constitucional de Derechos y justicia y miembro activo de la Organización de naciones Unidas reconoce en la Constitución de la República el derecho pleno a ser escuchados y a tomar en cuenta la opinión de los mismos en

aquellos asuntos que los afecten, tal y como queda expuesto en el Art. 45 inciso segundo al señalar 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; a respeto de la libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Constitución, 2008, Art. 45 inciso segundo)

Dicho artículo ratifica el compromiso del Estado ecuatoriano con el cumplimiento y respeto pleno de los derechos e interés superior del niño, enfatizándose en la necesidad de cuidar, proteger y velar por el desarrollo integral del niño desde la concepción, también se reivindica el derecho de los niños a ser parte de una familia y disfrutar de todos los beneficios que de la misma se desprendan, en especial el derecho a opinar y ser escuchado en aquellos asuntos que les afecten.

Por su parte el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 60 explica que:

> **Derecho a ser consultados.-** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.
> Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, Art. 60)

El artículo anterior ratifica el pleno derecho a expresar la opinión de niños, niñas y adolescentes, en especial en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que afecten en alguna forma los derechos, intereses y garantías de los mismos, se evidencia el compromiso del Estado ecuatoriano con los organismos internacionales de protección y defensa de los derechos del niño en garantizar el respeto pleno de niños y adolescentes a expresar su opinión de manera libre y espontánea sin ningún tipo de presión.

Buaiz (2012) señala que el derecho de opinión del niño, niña y adolescente deberá ser abordado en dependencia de su contenido y alcance, es decir poseerán el pleno derecho a la expresión entendiéndose sus criterios personales, juicios de valor, ideas, visiones y sentimientos sobre hechos que los afecten.

Cabrera (2010) manifiesta que se garantizará que dicha opinión sea expuesta de forma libre sin injerencias o manipulaciones, informando al niño los detalles de la situación sobre la cual opinará y el efecto consecuente de su intervención, acción que se llevará a cabo de forma personal sin que existan presiones que puedan forzar al niño a intervenir en procedimientos judiciales o administrativos de forma directa, pudiendo su opinión ser transmitida por un representante.

Es de destacar que el derecho a la opinión según lo sancionado por la Comisión Internacional de los Derechos del Niño no hace ningún tipo de distinción específica salvo que el niño que verterá su opinión en procesos judiciales o administrativos deberá estar en condiciones de formarse un juicio propio.

El derecho a escuchar la opinión del niño responde plenamente a garantizar el interés superior del niño de modo que el Estado se revele como el órgano rector en el cuidado y atención al desarrollo integral de los niños, tales acciones están en plena concordancia con lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, el cual explica en su Art. 12 párrafo segundo:

> Deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño. El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y victimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían por ejemplo, decisiones sobre educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o l arbitraje. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño (Comité de los Derechos del Niño, 2009, Art. 12)

Lo anteriormente planteado ratifica la necesidad de aplicar procedimientos judiciales especiales a los niños, estableciendo como último recurso la separación del mismo de su medio familiar y la inviolabilidad del derecho a la libre expresión del niño en aquellos aspectos relacionados con su integridad física, psicológica e integral.

Durán (2013) afirma que el derecho a opinar de los niños, niñas y adolescentes se revela como el elemento clave para garantizar una atención integral del niño y un desarrollo físico y emocional correspondiente a las costumbres, tradiciones, idiosincrasia del medio en el cual se desenvuelve, y al mismo tiempo dicho derecho asegura una correcta interpretación y práctica de procedimientos que no afecten la integridad del niño en aspectos administrativos y judiciales en los que pueda intervenir el niño.

4.2.1. Influencia de la opinión del niño en el juez para la decisión de los casos

Ivars (2014) manifiesta que el derecho a opinar por parte de los niños niñas y adolescentes en casos judiciales y administrativos que puedan afectar o vulnerar en algún sentido sus derechos, constituye no solamente una opción válida en Ecuador sino al mismo tiempo un elemento que arroja mayor claridad sobre dichas causas, y permite al juez tomar una decisión que se adapte plenamente a las necesidades del niño.

El derecho del niño a opinar y expresarse libremente y sin ningún tipo de influencia se evidencia en los procesos judiciales y administrativos en los que el mismo pueda participar por verse afectado, pero debe recalcarse que la decisión del juez en tales casos no se subordinará a la opinión del niño sino que tomará en cuenta todos los aspectos y elementos del caso siendo la opinión del niño un elemento que puede o no aportar claridad y por ende contribuir al fallo legal.

Ecuador es una nación en la cual se respeta plenamente el interés superior del niño, el cual no estará en ningún caso obligado a participar de forma directa en procesos judiciales o administrativos, sino que podrá hacerlo a través de terceros de modo que en tales casos la influencia de dicha opinión en la decisión del proceso legal no será definitiva, constituyéndose en un testimonio complementario.

Debe destacarse también que la opinión de los niños a pesar de ser plenamente aceptada por constituir un derecho de niños, niñas y adolescentes deberá ser valorada tomándose en cuenta la capacidad de crear un criterio propio por parte del niño, de ahí que no puede afirmarse que la opinión de un menor tenga un carácter definitorio en un proceso jurídico o administrativo.

CONCLUSIONES

- El matrimonio en Ecuador se revela como una institución que pierde espacio entre las nuevas generaciones, disminuyendo significativamente las parejas que se deciden asumir dicho compromiso, siendo por otra parte alarmante la cantidad de divorcios que se verifica, alcanzando hasta un 60% de los matrimonios en periodos que fluctúan entre los 2 y 6 años.

- Como resultado de un pensamiento que victimiza a la mujer posterior a la disolución de la sociedad conyugal (divorcio) más del 90% de las custodias en el Ecuador se otorgan a la madre, situación que se deriva en fenómenos como la alienación parental que afectan la relación entre los progenitores e hijos.

- El actual régimen de custodia monoparental se revela como principal causa de distensiones y altercados entre los ex cónyuges derivándose en la desatención del menor y surgimiento de conflictos legales.

- Se verifica la existencia de un desconocimiento de las ventajas de la custodia compartida como alternativa viable para garantizar la participación equitativa de ambos progenitores en el cuidado y atención del menor y por consecuencia en su desarrollo integral.

RECOMENDACIONES

- Realizar estudios e investigaciones en los cuales se evidencie la repercusión negativa de la tendencia generalizada de otorgar la custodia monoparental a la madre en detrimento de los derechos del menor y de la garantía de lograr un desarrollo integral óptimo del mismo.

- Difundir las ventajas de la custodia compartida como elemento legal capaz de asegurar los derechos de ambos progenitores y el cumplimiento de los deberes que implican una maternidad y paternidad responsable con el objetivo de garantizar un desarrollo integral del menor.

- Reformular la actual tendencia y pensamiento de victimización de la madres posterior a la disolución de la sociedad conyugal de modo que se logre un ambiente de equidad entre géneros que se traduzca en la aplicación de la custodia compartida de los menores.

- Transformar el régimen de custodia monoparental a custodia compartida en la totalidad de los casos con excepción de aquellos en los que se verifique la existencia de limitaciones mentales o comportamientos por parte de uno de los progenitores que puedan afectar el desarrollo integral del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Bibliotecas Jurídicas UNAM. (6 de Marzo de 2011). *Digesto*. Recuperado el 27 de Agosto de 2013, de Digesto: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/6.pdf

Borda, G. (2013). *Manual de Derecho de familia.* Buenos Aires: Perrot.

Bossert, A., & Zannoni, E. (2010). *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Clan.

Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Buenos Aires: Heliasta.

Congreso Nacional del Ecuador. (4 de Octubre de 1902). Ley Matrimonial Registro Oficial 317. *Ley Matrimonial Registro Oficial 317*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Congreso Nacional del Ecuador. (10 de junio de 1983). Registro Oficial 511. *Registro Oficial 511*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Grisanti, I. (2010). *Lecciones de Derecho de Familia.* Caracas: Hermano Vadell.

H. Congreso Nacional. (2005). *CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.* Quito: Ediciones Legales.

Luarna. (12 de Julio de 2010). *Código de Hammurabi.* Recuperado el 16 de Marzo de 2012, de Código de Hammurabi: http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf

Luarna. (2010). *Código de Hammurabi.* Recuperado el 16 de Marzo de 2012, de Código de Hammurabi: http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf

Stein, P. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa.* Madrid: Siglo XXI.

Stein, P. (2011). *El derecho romano en la historia de Europa.* Madrid: Siglo XXI.

Universidad Rafael Urdaneta. (2011). Cuestiones Jurídicas. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 5-6.

Universidad San Francisco de Quito. (3 de Junio de 2011). *Reforma al Código Civil: El Divorcio por decisión unilateral.* Recuperado el 4 de Marzo de 2017, de Reforma al Código Civil: El Divorcio por decisión unilateral: http://www.lexis.com.ec/Webtools/Biblioteca_Silec/Documentos/Lexis/DocsInvestJurid/Proyecto%20Ley%20Divorcio%20Unilateral.pdf

Velez, R., & Velez, F. (15 de Julio de 2013). *LA JUSTAE NUPTIAE*. Recuperado el 4 de Septiembre de 2013, de LA JUSTAE NUPTIAE: http://derecho-romano.blogspot.com/2006/04/la-justae-nuptiae.html

Villagómez, J. (2011). *Evolución histórica del divorcio.* Quito: Daniel Páez.