



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

TEMA:

“EL CUIDADO DE LOS HIJOS IMPÚBERES, SIN DISTINCIÓN DE SEXO, Y DE LAS HIJAS EN TODA EDAD DENTRO DEL DIVORCIO Y LA EXIGENCIA ILEGAL DE LA REGLA 1ª) DEL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA CIUDAD DE GUARANDA”.

AUTOR:

Milton Javier Escobar Yunda.

TUTOR:

MARCO ALFONSO NARANJO ESCOBAR

GUARANDA - ECUADOR

2013

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR


FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS POLITICAS Y
SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

CERTIFICACION DEL DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA: Que el egresado **Sr. Milton Javier Escobar Yunda**, ha culminado con su trabajo, previa la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, con el Tema: **"EL CUIDADO DE LOS HIJOS IMPÚBERES, SIN DISTINCIÓN DE SEXO, Y DE LAS HIJAS EN TODA EDAD DENTRO DEL DIVORCIO Y LA EXIGENCIA ILEGAL DE LA REGLA 1ª) DEL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA CIUDAD DE GUARANDA"**, quién ha cumplido con todos los requisitos formales.

En mi calidad de Director me permito certificar que el presente trabajo de investigación es auténtico y que las expresiones vertidas en el mismo son de autoría del señor egresado, que lo ha realizado en base a la recopilación bibliográfica de la legislación ecuatoriana y demás documentos, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.



Dr. Marco A. Naranjo Escobar.
DIRECTOR DE TESIS



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES V POLÍTICAS
"ESCUELA DE DERECHO"**

AUTORÍA DE TRABAJO DE TESIS

Yo, **MILTON JAVIER ESCOBAR YUNDA**, Egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, e realizado en forma libre y voluntaria que la investigación y elaboración de la presente tesis, así como las expresiones vertidas en la misma son de mi propia autoría, cuyo tema se titula: **"EL CUIDADO DE LOS HIJOS IMPÚBERES, SIN DISTINCIÓN DE SEXO. Y DE LAS HIJAS EN TODA EDAD DENTRO DEL DIVORCIO Y LA EXIGENCIA ILEGAL DE LA REGLA 1¹) DEL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA CIUDAD DE GUARANGA** la misma que he realizado en base a recopilación de bibliografía contenida en textos, libros, Internet, etc.

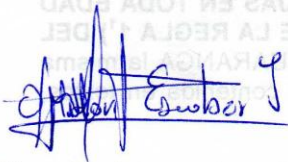
Atentamente,

MILTON JAVIER ESCOBAR YUNDA



201320104D000424

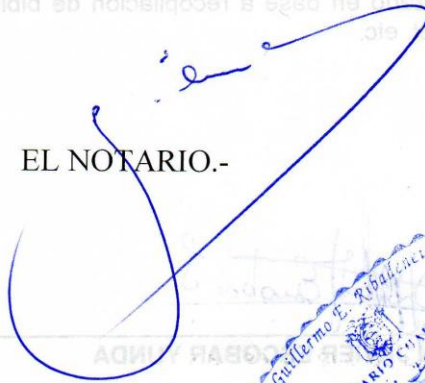
De conformidad con la facultad que me confiere el artículo dieciocho numeral nueve de la Ley Notarial, DOY FE.- Que el señor MILTON JAVIER ESCOBAR YUNDA. **Portador de la cedula de identidad número cero dos cero uno cinco cero uno tres ocho cuatro.** Concurrió a mí y reconoció la firma y rubrica impuesta en el documento que antecede como ser las suyas propias y que la usa tanto en sus documentos públicos como privados, firmando en unidad de acto, conmigo el Notario, Guaranda a dieciocho de diciembre del dos mil trece.-



Milton Javier Escobar Yunda

C.C.0201501384

EL NOTARIO.-



CERTIFICACIÓN DE AUTORIA DE TESIS

En calidad de director de Tesis designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia Escuela de Derecho CERTIFICO: Que el egresado señor **Milton Javier Escobar Yunda**, ha cumplido con todos los requisitos formales en la elaboración de su investigación jurídica previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** con el tema “EL CUIDADO DE LOS HIJOS IMPÚBERES, SIN DISTINCIÓN DE SEXO, Y DE LAS HIJAS EN TODA EDAD DENTRO DEL DIVORCIO Y LA EXIGENCIA ILEGAL DE LA REGLA 1ª) DEL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA CIUDAD DE GUARANDA”.

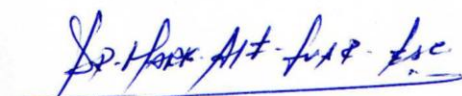
Como Director he prestado el asesoramiento requerido por el alumno, quien lo ha aceptado con prolijidad, durante el proceso de elaboración.

Además me permito certificar que el presente trabajo de investigación es autentico, que lo ha realizado sobre la base de recopilación bibliográfica de la legislación ecuatoriana, y demás documentos dejando a saldo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

Por consiguiente se aprueba la impresión y presentación de este trabajo investigativo para los fines pertinentes.


Guaranda, noviembre 2013

Atentamente,



Dr. Marco Naranjo Escobar.

DIRECTOR DE TESIS.



Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

EGRESADO.

LA RESPONSABILIDAD POR LAS OPINIONES CRÍTICAS E IDEAS Y
DOCTRINAS EXPUESTAS EN EL PRESENTE TRABAJO DE
INVESTIGACIÓN SON EXCLUSIVAMENTE DEL AUTOR



.....
Milton Javier Escobar Yunda.

C.I. 020150138-4

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a Dios, a la "Universidad Estatal de Bolívar" a la "Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales" a la "Escuela de Derecho", de igual manera al Dr. Marco Alfonso Naranjo Escobar por su acertada guía en la elaboración y culminación del presente trabajo investigativo; y en general a todos los docentes del Alma Mater Bolivarense que con sus conocimientos forjaron en mi un ser lleno de valores profesionales encaminados al servicio de toda una sociedad.

DEDICATORIA

Con mucho amor este trabajo está dedicado a mi esposa e hijos quienes han sido el pilar fundamental para continuar con mis éxitos en el estudio.

Muchas gracias.

ÍNDICE

Agradecimiento	3
Dedicatoria.....	4
ÍNDICE.....	5
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
PROBLEMA	9
MARCO TEÓRICO	11
ANTECEDENTES.....	11
CAPITULO I.....	13
CONSTITUCIO DE LA REPUBLICA	13
1.1. Antecedentes	13
1.2. Principios esenciales de la constitucion	15
1.3. Grupos vulnerables	20
1.4. Jerarquia constitucional.....	23
1.5. El principio de supremacía constitucional.....	26
CAPITULO II	29
CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	29
2.1. Antecedentes.....	29
2.2. Principios esenciales.....	38
2.3. Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.....	50
2.4. Interes Superior.....	52
CAPITULO III	56
CODIGO CIVIL	56
3.1 Antecedentes.....	63
3.2 Principios constitucionales fundamentales del derecho procesal.	68
3.3. Las personas naturales en el codigo civil	75
CAPITULO IV.....	127
EL MATRIMONIO.....	87

4.1 Constitución del matrimonio y su terminación.....	95
4.2 El divorcio.....	101
4.3 Los hijos y el divorcio en el Ecuador.....	110
4.4 Decisión de los hijos dentro del divorcio.....	118
CAPITULO V.....	127
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONE.....	127
CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIONES	128
HIPÓTESIS.....	129
VARIABLES	129
VARIABLE DEPENDIENTE	129
VARIABLE INDEPENDIENTE.....	129
MARCO METODOLÓGICO	130
TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	130
POBLACIÓN Y MUESTRA	130
MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	132
INTERPRETACIÓN DE DATOS / RESULTADOS (gráficos / cuadros)	136
VERIFICACION DE LA IDEA A DEFENDER	145
CAPITULO VI.....	146
6.1. MARCO PROPOSITIVO	146
6.2. DESARROLLO DE LA PROPUESTA.....	147
6.3. VALIDACION DE LA PROPUESTA	149
BIBLIOGRAFIA	150
ENCUESTA	153

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto asegurar el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad dentro del divorcio de los cónyuges o separación de estos, en cuanto que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, opinión esta que se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez, cuidado que puede estar a cargo de cualquiera de los progenitores si los impúberes consienten en ello, procurando de esta manera que se cumpla con todas y cada una de las disposiciones establecidas tan el Código Civil, Código Orgánico de la Niñez y adolescencia y en la Constitución de la Republica.

INTRODUCCIÓN

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla; además 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, por lo que mi propuesta se enfoca específicamente en la reforma **de la regla 1ª) del Art. 108 del Código Civil**, en lo referente a que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten y no obligados.

No solamente obedece a un asunto de técnica, sino que además en el presente caso se trata de derechos de personas y grupos de atención prioritaria y vulnerable, para los cuales el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que por su condición prevalece sobre las disposiciones del Código Civil; y, la Constitución vigente otorgó garantías al establecer que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia.

Por lo que estoy seguro de presentar una reforma para derogar dicho artículo, que vulnera los derechos de las niñas, niños y adolescentes al obligarles a permanecer con el progenitor que decida la jueza o juez.

DATOS INFORMATIVOS

INSTITUCIÓN: UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA: DERECHO

TEMA: “EL CUIDADO DE LOS HIJOS IMPÚBERES, SIN DISTINCIÓN DE SEXO, Y DE LAS HIJAS EN TODA EDAD DENTRO DEL DIVORCIO Y LA EXIGENCIA ILEGAL DE LA REGLA 1ª) DEL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA CIUDAD DE GUARANDA”.

AUTOR: MILTON JAVIER ESCOBAR YUNDA.

PROBLEMA

¿Cómo incide “El cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad dentro del Divorcio y la exigencia ilegal de la regla 1ª) del Art. 108 del Código Civil en la ciudad de Guaranda”?

Que el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia al tratar del derecho a ser consultados dispone: **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; **(las negrillas, cursivas y subrayado me pertenecen).**

El artículo 45, inciso segundo de la Constitución de la República, al tratar sobre Las niñas, niños y adolescentes dispone: 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; **(las negrillas, cursivas y subrayado me pertenecen).**

Que el tema de los impúberes de acuerdo a la denominación dada por el Código Civil; y, niño, niña y adolescente de conformidad con lo que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se ha constituido en un área de atención prioritaria en tratándose del interés superior del niño, mas aun establecidos ciertos derechos en la Constitución de la Republica, identificado como grupo no vulnerable, pues estos deben ser escuchados en lo que se les atañe, siempre y cuando tengan capacidad para hacerlo.

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES

Que la regla 1ª) del Art. 108 del Código Civil, dispone: A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad.

Que el artículo 21 del Código Civil una diferenciación y establece o determina: Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; **impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce;** adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. **(las negrillas, cursivas y subrayado me pertenecen).**

Que el inciso cuarto de la regla 6ª) del artículo 108 del Código Civil dispone: El juez podrá, en todo tiempo, **modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos**, aún cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común; **(las negrillas, cursivas y subrayado me pertenecen).**

Que el artículo 115 del Código Civil dispone: **Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres**

resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

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; **(las negrillas, cursivas y subrayado me pertenecen).**

Que el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia al tratar del interés superior del niño dispone: que es un principio que está orientado a **satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;** e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y **sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla;** **(las negrillas, cursivas y subrayado me pertenecen).**

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

CAPITULO I

1. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

La Constitución de la República nos dice que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley.¹

1.1.- ANTECEDENTES.

La nueva Constitución fue aprobada por el pueblo ecuatoriano en referéndum el 28 de septiembre del 2008, proclamada oficialmente el 15 de octubre del mismo año, y finalmente publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

El Art. 1 de la Constitución vigente, establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo que la actuación de servidoras y servidores de la justicia debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la realización de la justicia.

¹ Constitución de la Republica del Ecuador.

El anhelo de todas y todos los ecuatorianos de una justicia al alcance de cualquier persona y colectividad, sin distinciones ni discriminación de ningún tipo, efectiva y eficiente, participativa, transparente; y, garante de los derechos, responde a lo que mandan los artículos 11.2, 66.4, 177 y 181 de la Constitución vigente, al diseño sistemático de una Administración de Justicia que permita que las juezas y jueces, fiscales y defensoras o defensores, y demás servidores judiciales se dediquen únicamente al ejercicio de las competencias técnicas que le son propias; de tal forma que las labores administrativas, financieras y el régimen disciplinario le corresponde al Consejo de la Judicatura.

Es indispensable que este nuevo diseño transformador rompa las barreras, sociales, económicas, culturales y de todo tipo que hagan imposible el acceso a la justicia, efectiva, imparcial y expedita para la defensa de los derechos de toda persona o colectividad, de acuerdo a lo que establecen los artículos 75 y 76 de la Constitución vigente.

Es deber primordial del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales y desarrollar progresivamente el contenido de los derechos a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.1, 11.8, 84 y 85 de la Norma Suprema vigente.

Las normas constitucionales mencionadas, a su vez, incorporan los estándares internacionales de derechos humanos y de la Administración de Justicia, determinados especialmente en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, entre otras.

De lo expuesto, se establece que con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, se implemento un nuevo sistema constitucional de Derechos y Justicia, que permite construir una nueva forma de convivencia ciudadana, y garantiza el efectivo goce de los derechos establecidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales, los mismos que son plenamente justiciables.

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

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

1.2.- PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA CONSTITUCIÓN.

Nuestra constitución, establece como principios esenciales:

Art. 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.

Art. 7.- Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento:

1. Las personas nacidas en el Ecuador.
2. Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador; y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad.
3. Las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera.

Art. 8.- Son ecuatorianas y ecuatorianos por naturalización las siguientes personas:

1. Las que obtengan la carta de naturalización.
2. Las extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria.
3. Las nacidas en el exterior de madre o padre ecuatorianos por naturalización, mientras aquéllas sean menores de edad; conservarán la nacionalidad ecuatoriana si no expresan voluntad contraria.
4. Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo con la ley.
5. Las que obtengan la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país con su talento o esfuerzo Individual.

Quienes adquieran la nacionalidad ecuatoriana no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen.

La nacionalidad ecuatoriana adquirida por naturalización se perderá por renuncia expresa.

Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

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

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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

colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3.- GRUPOS VULNERABLES.

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Art. 39.- El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará

su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

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

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

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

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

información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

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

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil.

El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

1.4.- JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.

Sin duda nuestra época es lo más cercano a esa maldición china que reza: “ojalá vivas en tiempos interesantes”.

El fenómeno de la Globalización y las nuevas tecnologías, a la vez que han contribuido a mejorar las condiciones de vida del hombre, han complicado las formas de relacionarnos, de comunicarnos, de entendernos a nosotros mismos.

El intrincado comercio internacional, tanto en su regulación como en el diario proceso de renovación en sus medios; el comercio electrónico; las relaciones económicas y financieras, globalizadas y complejas, que se vuelve cotidianamente nuestra referencia obligada; los juicios internacionales de actualidad.

La preocupación creciente sobre la protección de los derechos humanos y las condiciones de los países en desarrollo, que nos muestran la cruda realidad de nuestro mundo polarizado, etc. son muestras claras de esa complicación humana que confirma el mencionado presagio chino.

Los fenómenos narrados han traído por consecuencia un cambio en la regulación de las relaciones humanas tanto a nivel estatal como internacional, y es en este complicado escenario que se inscriben los tratados internacionales que hoy nos convocan en este foro. Todos estos se refieren al mejoramiento de las condiciones de vida de dos de los grupos más vulnerables de entre los vulnerables que persisten en el mundo: las mujeres y los niños; y es por ello que invito a que todos busquemos condiciones más eficaces para su debida aplicación.

Los tratados, que en un principio se concebían como cartas de buenas intenciones, han evolucionado de forma sorprendente, en algunas materias, incluso, con contenidos más amplios que las legislaciones nacionales, verbigracia, la materia de los derechos humanos.

Todos somos, pues, partícipes de la infinita red de relaciones que se tejen en el ámbito internacional, de los inusitados problemas de aplicación que generan los tratados multilaterales, de la injerencia que estos problemas tienen en el derecho nacional, etc.

Sin embargo, en este proceso de evolución subsiste un problema de muy antigua discusión que no ha sido definido aún de manera contundente: el de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

Las discusiones doctrinales respecto a si existe o no una jerarquía determinada entre la Constitución y Derecho Internacional, lejos de disminuir, se han ido acrecentando, y han pasado, como consecuencia de los grandes cambios en las relaciones internacionales, del campo meramente teórico al campo de los hechos cotidianos.

Al cambiar el enfoque de las relaciones internacionales, han cambiado también la discusión teórica y la metodología de la investigación de este problema, situándose, en la actualidad, en un problema de Derecho Constitucional que tiene que ver con la forma en que los Tratados Internacionales son asimilados en el Derecho Constitucional; con el cómo los procedimientos de adopción o adaptación de esos tratados se convierten en procedimientos de producción del derecho dentro del sistema de un estado.

Desde esta perspectiva, la discusión teórica, cualquiera que sea la corriente que se adopte, tendrá que resolverse a favor de que el intérprete opere de acuerdo con las normas de Derecho Positivo del lugar en el que se realice la interpretación.

La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos de un país, parte entonces de reconocer que el Estado no puede desconocer internamente las normas que ha generado exteriormente.

El asunto, trasladado al ámbito interno del ordenamiento jurídico, se torna inicialmente en un problema de jerarquía de las normas y, en consecuencia, de fuentes del derecho. Es decir, el problema esencial en materia de aplicación de tratados al interior de un Estado consiste en la adaptación de las normas

internacionales a su Derecho Interno y al lugar que este le asigna a esas normas.

1.5. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La Constitución es la norma fundamental que nos rige y, por tanto, se encuentra por encima de las demás normas del ordenamiento.

Esta superioridad de la Constitución respecto del resto de las fuentes, no solo se encuentra explícitamente reconocida en la Constitución, sino que se distribuye a lo largo del ordenamiento a través de múltiples disposiciones que regulan los procedimientos de creación normativa.

La Constitución es la norma suprema que rige la vida de una sociedad políticamente organizada, es decir, de un Estado. En ella se definen los principios sobre los cuales se constituye y las características que tendrá su organización. En el caso del Ecuador, en el primer artículo de la Constitución del año 2008, se dice que “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Se establecen así las bases sobre las cuales debe construirse toda la vida de la república que, legalmente, debe regirse por la propia Constitución, más las leyes, reglamentos y demás normas, que no podrán contradecir el texto constitucional.

La misma Carta Magna consagra la supremacía de la Constitución, lo dice claramente en el artículo 424: “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”.

En la historia se pueden encontrar varios tipos de constituciones, por su origen. Las constituciones otorgadas, que generalmente corresponden a las monarquías, en las que el rey, como soberano, otorga la norma que rigen el Estado y su relación con los súbditos.

Las constituciones impuestas, en las que el Parlamento impone las normas que el monarca y los súbditos deben acatar. La constitución pactada no es emitida de manera unilateral, ni es impuesta, surge de la voluntad de dos o más agentes que pactan su contenido. Se basan en la teoría del pacto social.

La Constitución aprobada por la voluntad del pueblo soberano tiene su origen en la sociedad, la que se manifiesta, generalmente, en una asamblea cuyos integrantes surgen de las fuerzas sociales y políticas. Este último es el caso del Ecuador.

Por emanar de la voluntad popular y fijar las bases del Estado, una Constitución no responde a realidades momentáneas o coyunturales, sino que se fundamenta en valores, principios y disposiciones, que puedan sustentar la vida y organización del Estado por largo tiempo, dándole a la sociedad la estabilidad que necesita para su crecimiento y desarrollo. Por eso, reformar la Constitución no es fácil y su propio texto contiene las condiciones y métodos para hacerlo. En la nuestra, el artículo 441 es claro.

Solo se pueden hacer enmiendas que no alteren la estructura, carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezcan restricciones a los derechos y garantías y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución. Y solo pueden hacerse en referéndum solicitado por el presidente o por los ciudadanos en un número no inferior al 8% del registro electoral, o por

iniciativa de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, en dos debates, con un intervalo de un año entre uno y otro, y con la aprobación de al menos las dos terceras partes de sus miembros.

De manera que para tomar decisiones o actuar, contradiciendo las disposiciones constitucionales, es necesario primero reformarlas y para eso hay un proceso inalterable que seguir.

En todo caso, siempre los legisladores deben tener claro que no se puede y no se debe legislar o modificar la Constitución por razones coyunturales.

CAPÍTULO II

2. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

El Código de la Niñez y Adolescencia (Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año) es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992 demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.1.- ANTECEDENTES.

Esta nueva ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador, proceso que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990, que se desarrolló con la reglamentación de las adopciones internacionales en el mismo año, continuó con el Código de Menores de 1992, con las reformas constitucionales de 1996 y 1997, y con la Constitución de 1998.

Con el Código de la Niñez se consolidó una forma diferente de “redactar” las leyes, dejando de ser un proceso en un grupo de “expertos”, para pasar a ser un amplio ejercicio democrático en el que personas de diferentes ciudades, edades, profesiones, intervinieron en su proceso de redacción.

Muchas son las innovaciones que la nueva ley introduce, desde el uso de nuevos conceptos jurídicos (por ejemplo niño, niña y adolescente que asumen un contenido jurídico específico, la desaparición de la declaración de abandono, la declaratoria de adoptabilidad, el acogimiento familiar e institucional, etc.), hasta el desarrollo normativo de una institucionalidad encargada de promover y garantizar los derechos que desarrolla la ley (por

que ya se encontraban plenamente reconocidos y declarados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y en la Constitución), concretando principios como el de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, mejorando algunas instituciones jurídicas específicas (patria potestad, alimentos, responsabilidad penal juvenil, etc.).

Sin embargo, en nuestra opinión, la contribución más importante de la nueva ley es el establecimiento de un conjunto de mecanismos de exigibilidad de todos los derechos declarados, tanto individuales como colectivos.

El presente análisis se encuentra dividido en tres partes: en la primera se revisa los antecedentes de la nueva Ley y el proceso de redacción; en la segunda parte se analiza el contenido, principios y estructura de la nueva Ley; y, en la tercera los retos y sus problemas de implantación.

En agosto de 1992 se aprobó una reforma al Código de Menores ecuatoriano que había estado en vigencia desde 1976. Esta reforma de manera explícita tenía por objetivo “compatibilizar” y dar “efectividad” a la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por el Ecuador en febrero de 1990 (en adelante la “la Convención”).

En líneas generales, la reforma de 1992 fue el resultado de un proceso de consulta social limitada, basado en un acuerdo técnico-político entre el Ministerio de Bienestar Social y Defensa de los Niños Internacional-Sección Ecuador y con el respaldo del Consejo Nacional de Menores y UNICEF.

Si bien la voluntad de todas las organizaciones que impulsaron este proceso era la de lograr la plena adecuación de la legislación nacional y de la institucionalidad a la Convención, la poca comprensión de las implicaciones de las normas de la Convención, y el limitado interés del sector público de introducir transformaciones a su estructura y funcionamiento produjeron una reforma con severas limitaciones. Varios análisis sobre el contenido del Código

de Menores de 1992 demuestran su incompatibilidad con la Convención, y por ende con la doctrina de la protección integral.

En el año 1995 varias organizaciones (algunas ya habían participado en el proceso de redacción del Código de Menores) dan inicio a un proceso de reflexión sobre las limitaciones de la legislación vigente. Este proceso reafirmó la necesidad de una reforma integral del Código Menores, especialmente de la institucionalidad encargada de la garantía y protección de los derechos.

Pese al consenso que existía al respecto, el Servicio Judicial de Menores (dependiente en ese momento de la Función Ejecutiva) realizó una amplia campaña de desprestigio de la propuesta de la reforma. Esta oposición, y la cercanía de la aprobación del Código vigente a la fecha, frenó cualquier posibilidad de reforma en ese momento.

En el año 1996 el movimiento por los derechos de la niñez del Ecuador, liderado por el Foro de la Infancia, propuso una enmienda a la Constitución para asegurar la existencia de normas específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia. Producto de esto se incorpora un artículo sobre los derechos del niño/a.

Pese a las claras limitaciones que tiene esa reforma constitucional es un importante antecedente de los cambios posteriores, en especial por la incorporación de los principios de corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia y el de prevalencia de los derechos. Este artículo se mantuvo en la codificación de la Constitución de 1997.

Por una coyuntura política derivada del derrocamiento de Abdalá Bucaram las fuerzas sociales del Ecuador promueven La Asamblea Nacional Constituyente de 1998. Esta Asamblea es recordada por el conjunto de las organizaciones y movimientos sociales del Ecuador como un espacio privilegiado en el que se buscó la “constitucionalización” de las aspiraciones y búsquedas históricas de todos esos movimientos.

Un grupo de organizaciones públicas y privadas que trabajan en el tema de los derechos de los niños, niñas y adolescentes promovieron la incorporación en la Constitución de normas específicas sobre los derechos de la infancia. Esto se consideró como parte de un proceso destinado al “reconocimiento social de la obligación política, jurídica e institucional que tiene el Estado de satisfacer los derechos de las personas.

La propuesta de reforma constitucional presentada por el movimiento por los derechos del niño/a tenía los siguientes elementos.

- a) Reconocer que todos los ecuatorianos/as son ciudadanos/as desde su nacimiento;
- b) Reafirmar que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad;
- c) Reconocer ciertos principios y derechos específicos de la infancia y adolescencia;
- d) Determinar las condiciones de la institucionalidad pública encargada de la protección y garantía de los derechos; y,
- e) Establecer las formas de participación de la sociedad civil en la definición, control y evaluación de las políticas públicas, de los programas y los proyectos.

La Asamblea recogió la totalidad de las propuestas hechas por el movimiento a favor de los derechos de la infancia, en un marco constitucional de amplio reconocimiento a los derechos humanos.

Sin embargo esta reforma constitucional no es relevante exclusivamente para el país, ya que como señala Emilio García Méndez el artículo 6 (de la Constitución Ecuatoriana) es un ejemplo “...técnico jurídico” de la

desvinculación del “concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho a sufragio.

Estos dos elementos: las disposiciones constitucionales sobre los derechos de la infancia y adolescencia, y la incorporación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la legislación nacional dieron el impulso final al proceso de la reforma de la ley.

El Foro de la Infancia, el Instituto Nacional del Niño y la Familia, UNICEF, Pro justicia y la Comisión Especializada del Niño, Mujer, Familia y Juventud del Congreso Nacional, asumieron la responsabilidad de impulsar el proceso de reforma, proceso que todos coincidían tenía que ser ampliamente participativo y de alta calidad técnica.

Se constituyó un “Comité” de la Ley formado por las organizaciones antes señaladas. Este Comité estructuró un “equipo técnico redactor” de amplia competencia técnica a cargo de la preparación de los textos legales y dio inicio al proceso de consulta social a escala nacional.

Para las decisiones de carácter político se formó un Comité Consultivo, en este se encontraba una representación de los diferentes sectores: por el Ejecutivo participó el Ministro de Bienestar Social, por el legislativo la Presidenta de la Comisión de la Mujer, el Niño y la Familia del Congreso Nacional, por la Función Judicial Pro Justicia, y varios representantes de sector no gubernamental como el Foro de la Infancia y el Instituto Nacional del Niño y la Familia.

Para el desarrollo del proceso de consulta se formó un Equipo de Participación ciudadana, quien fomentó los procesos de consulta en el ámbito nacional y canalizó las propuestas y comentarios de los diferentes proponentes.

La consulta social se articuló alrededor de 29 “Comités de Gestión Local por los Derechos de los niños, niñas y adolescentes” que se organizaron en todo el

país. El resultado de este proceso fue la participación directa de más de 200 instituciones (públicas y privadas), de más de 18000 personas (en los que se incluyeron grupos de niños, niñas y adolescentes, autoridades locales y nacionales, profesionales, etc.). Además, se organizaron más de 300 talleres de discusión y validación de la Ley.

El Equipo Técnico Redactor, responsable de la preparación de los textos legales, elaboró como insumo de para la discusión pública una Matriz Legislativa, que se basó en los principios de la doctrina de la protección integral contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución Política de la República.

Se tomaron varias decisiones que marcaron el proceso general de discusión y preparación de la Ley, se trabajó desde el inicio en la redacción de un “Código” con categoría de ley orgánica. Se trabajó en cuatro “módulos”, de los cuales el primero (definiciones, principios y derechos) y el cuarto (los mecanismos de protección y garantía de derechos) se encontraban vinculados y eran interdependientes, en cambio el módulo segundo (relaciones familiares) y el cuarto (responsabilidad del adolescente infractor) podían ser retirados sin afectar la coherencia de la Ley.

Esta decisión se tomó debido a que en ese momento se encontraba en marcha la de elaboración de un Código de Familia que contenía materias similares, y se consideró que en caso de aprobación previa de este cuerpo normativo se podía eliminar esta sección de la ley sin afectarla.

En cuanto al módulo sobre responsabilidad penal de los adolescentes infractores, se consideró que por su contenido y naturaleza podía ser tratado y aprobado en forma independiente, sin afectar el contenido sobre protección de derechos.

El proceso de discusión de la ley no estuvo exento de inconvenientes, especialmente por la oposición de ciertos sectores del servicio judicial de menores y de algunas entidades involucradas en los procesos de adopción que iniciaron una fuerte campaña de oposición, defendiendo al Código de Menores de 1992 y descalificando el proceso de elaboración del Código de la Niñez.

El proyecto fue presentado al Congreso Nacional en el año 2000. De acuerdo a las reglas de aprobación de leyes el primer debate se desarrolló entre el 18 de octubre del 2000 y el 15 de marzo del 2001. El segundo y definitivo debate se dio entre el 8 de noviembre del 2001 y el 30 de octubre del 2002.

El Presidente de la República objetó parcialmente la Ley y el Congreso Nacional se allanó a la objeción parcial, por lo que ordenó la publicación del cuerpo normativo en el Registro Oficial.

El proceso de aprobación legislativa no estuvo exento de inconvenientes, a la permanente oposición de los funcionarios del viejo sistema que desarrollaron una campaña de desprestigio de la propuesta, disfrazando su defensa gremial con un discurso de defensa del Código de Menores, se sumaron sectores legislativos especialmente conservadores que criticaban a la propuesta por razones ideológico-políticas.

Las principales críticas al interior del Congreso se centraron en cuatro ámbitos:

- a) críticas de contenido, especialmente en lo referente al sistema integral de protección de la infancia y adolescencia (lo que incluye la reforma del llamado servicio judicial de menores) y lo referente a la responsabilidad penal juvenil;
- b) críticas de forma, por cuanto se consideraba que era un texto “muy largo” y por tanto de difícil tratamiento para un Congreso que tenía otros temas “urgentes”

c) críticas al alcance de la reforma, ya que algunos sectores legislativos consideraban que era suficiente una reforma al Código de Menores vigente; y,

e) crítica a la existencia de legislaciones especializadas, por considerar que estas eran causantes de la “inflación normativa” en el país y en consecuencia de la pérdida de la capacidad regulativa del derecho.

Estas últimas críticas consideraban que se debía tramitar reformas al Código de Menores, al Código Penal y al Código Civil, y no un nuevo cuerpo normativo.

En el proceso de aprobación legislativa surgieron dos temas adicionales que dificultaron el proceso de discusión y aprobación de la Ley, el primero que tenía que ver con una disputa entre comisiones legislativas sobre la competencia para tratar el tema de la Ley, ya que los miembros de la Comisión Legislativa de lo Civil y Penal consideraban que ellos tenían que estar a cargo del tratamiento legislativo y no la Comisión Especializada del Niño, Mujer y Familia; el segundo estaba relacionado con las críticas de ciertos sectores al proyecto de Código de Familia que se traducían de manera automática al Código de la Niñez y Adolescencia, ya que algunos sectores comunes propugnaron las dos leyes .

Las “críticas”, en algunos casos, ocultaban la defensa del status quo, pero muchas de ellas eran evidencias claras de la resistencia ideológica a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y asumir las implicaciones de ese reconocimiento.

Estos temas fueron enfrentados por el grupo promotor de la Ley, por medio de una amplia campaña de cabildeo e información, proceso que fue acompañado por la presión de amplios sectores sociales que sentían a este proyecto como “suyo” por la participación en el proceso de redacción.

Es indudable que estas posiciones tuvieron un impacto en el contenido final de la ley, ya que para favorecer su aprobación se creó una comisión especial legislativa que realizó varias propuestas de cambio, por ejemplo la reducción del número de artículos, especialmente los de procedimiento, la modificación en la descripción de algunas instituciones, la eliminación de las sanciones de carácter penal, las normas transitorias sobre el servicio judicial de menores y el paso de los funcionarios de esta institución a los juzgados de la niñez y adolescencia, entre otros.

Otro elemento que influyó significativamente en el contenido final del Código de la Niñez y Adolescencia es la búsqueda de algunas de las instituciones públicas de mantener privilegios o el control de alguna parte de la institucionalidad, por ejemplo el papel de Ministerio de Bienestar Social, a través de su Ministro, como Presidente nato del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia o la participación del INNFA como representante de la sociedad civil en ese Consejo.

Al analizar la “matriz legislativa” (publicada en la primera y segunda edición de este libro) que sirvió de base para el Código de la Niñez y Adolescencia se describía a esta como necesaria para “...superar las severas deficiencias de la actual legislación de menores que tiene claros elementos de la vieja doctrina de la Situación Irregular, la misma que fue superada muy parcialmente en la reforma legislativa de 1992.

Los inconvenientes de esta doctrina arrancan de una concepción limitante que pone el acento en lo que el niño y el adolescente no son (no adultos) y en un escenario de situaciones de riesgo. Ciertamente es que nuestro Código de Menores recepta algunos principios y normas de las nuevas tendencias expuestas en la Convención sobre Derechos del Niño y del Adolescente, pero es un hecho demostrado por varios estudios nacionales de indiscutible seriedad, que existe una notoria prescindencia, y violaciones sistemáticas, de las normas de ese instrumento internacional, tanto en el texto legal cuanto en la práctica judicial”.

Está claro que el Código de la Niñez y Adolescencia busca superar a la doctrina de la situación irregular y se encuentra inspirado en los principios de la doctrina de la protección integral. Por tanto la Ley tiene dos características: es integral y garantista.

2.2.- PRINCIPIOS ESENCIALES.

Los principios esenciales del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se basan principalmente en definiciones concretas, constantes en disposiciones legales, entre ellas:

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

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

Art. 2.- Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.

Art. 3.- Supletoriedad.- En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no

contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia.

Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.

Art. 5.- Presunción de edad.- Cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años.

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

El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación.

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

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

Art. 9.- Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Art. 10.- Deber del Estado frente a la familia.- El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Art. 12.- Prioridad absoluta.- En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Art. 13.- Ejercicio progresivo.- El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código.

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

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

Art. 15.- Titularidad de derechos.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

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

Art. 16.- Naturaleza de estos derechos y garantías.- Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.

Art. 18.- Exigibilidad de los derechos.- Los derechos y garantías que las leyes reconocen en favor del niño, niña y adolescente, son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, en la forma que este Código y más leyes establecen para el efecto.

Art. 19.- Sanciones por violación de derechos.- Las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes serán sancionadas en la forma prescrita en este Código y más leyes, sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil.

Art. 20.- Derecho a la vida.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

Art. 21.- 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.

Art. 22.- 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.

Art. 23.- Protección prenatal.- Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.

El Juez podrá ampliar este plazo en el caso de madres de hijos con discapacidad grave y calificada por el organismo pertinente, por todo el tiempo que sea menester, según las necesidades del niño o niña.

El responsable de la aplicación de esta norma que viole esta prohibición o permita que otro la contravenga, será sancionado en la forma prevista en este Código.

Art. 24.- Derecho a la lactancia materna.- Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo.

Es obligación de los establecimientos de salud públicos y privados desarrollar programas de estimulación de la lactancia materna.

Art. 25.- Atención al embarazo y al parto.- El poder público y las instituciones de salud y asistencia a niños, niñas y adolescentes crearán las condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo y el parto, a favor de la madre y del niño o niña, especialmente tratándose de madres adolescentes y de niños o niñas con peso inferior a dos mil quinientos gramos.

Art. 26.- Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral.

Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de

salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.

Para el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades, el Estado y las instituciones que las atienden deberán garantizar las condiciones, ayudas técnicas y eliminación de barreras arquitectónicas para la comunicación y transporte.

Art. 29.- Obligaciones de los progenitores.- Corresponde a los progenitores y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, brindar la atención de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad.

Art. 33.- Derecho a la identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.

Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.

Art. 34.- Derecho a la identidad cultural.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar su identidad y valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales y a ser protegidos contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores.

Art. 35.- Derecho a la Identificación.- Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad

y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.

Art. 42.- Derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.- Los niños, niñas y adolescentes con discapacidades tienen derecho a la inclusión en el sistema educativo, en la medida de su nivel de discapacidad. Todas las unidades educativas están obligadas recibirlos y a crear los apoyos y adaptaciones físicas, pedagógicas, de evaluación y promoción adecuados a sus necesidades.

Art. 43.- Derecho a la vida cultural.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libremente en todas las expresiones de la vida cultural.

En el ejercicio de este derecho pueden acceder a cualquier espectáculo público que haya sido calificado como adecuado para su edad, por la autoridad competente.

Es obligación del Estado y los gobiernos seccionales impulsar actividades culturales, artísticas y deportivas a las cuales tengan acceso los niños, niñas y adolescentes.

Art. 45.- Derecho a la información.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar y escoger información; y a utilizar los diferentes medios y fuentes de comunicación, con las limitaciones establecidas en la ley y aquellas que se derivan del ejercicio de la patria potestad.

Es deber del Estado, la sociedad y la familia, asegurar que la niñez y adolescencia reciban una información adecuada, veraz y pluralista; y proporcionarles orientación y una educación crítica que les permita ejercitar apropiadamente los derechos señalados en el inciso anterior.

Art. 50.- Derecho a la integridad personal.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes.

Art. 51.- Derecho a la libertad personal, dignidad, reputación, honor e imagen.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete:

a) Su libertad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Los progenitores y responsables de sus cuidados los orientarán en el ejercicio de este derecho; y,

b) Su dignidad, autoestima, honra, reputación e imagen propia. Deberá proporcionárseles relaciones de calidez y buen trato fundamentadas en el reconocimiento de su dignidad y el respeto a las diferencias.

Art. 59.- Derecho a la libertad de expresión.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresarse libremente, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, oralmente, por escrito o cualquier otro medio que elijan, con las únicas restricciones que impongan la ley, el orden público, la salud o la moral públicas para proteger la seguridad, derechos y libertades fundamentales de los demás.

Art. 60.- 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.

Art. 61.- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.- El Estado garantiza, en favor de los niños, niñas y adolescentes, las libertades de

pensamiento, de conciencia y de religión, sujetas a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Es derecho y deber de los progenitores y demás personas encargadas de su cuidado, orientar al niño, niña o adolescente para el adecuado ejercicio de este derecho, según su desarrollo evolutivo.

Art. 62.- Derecho a la libertad de reunión.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a reunirse pública y pacíficamente para la promoción, defensa y ejercicio de sus derechos y garantías.

Art. 63.- Derecho de libre asociación.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a asociarse libremente con fines lícitos. Este derecho incluye la posibilidad de los adolescentes de constituir asociaciones sin fines de lucro, con arreglo a la ley.

El Estado garantizará y fomentará el ejercicio de este derecho, principalmente en materia de asociaciones estudiantiles, culturales, deportivas, laborales y comunitarias.

Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de este derecho, que no esté expresamente prevista en la ley.

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

Sus relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intransmisibles. Salvo los casos expresamente previstos por la ley, son también imprescriptibles.

Art. 97.- Protección del Estado.- La protección estatal a la que se refiere el artículo anterior se expresa en la adopción de políticas sociales y la ejecución de planes, programas y acciones políticas, económicas y sociales que aseguren a la familia los recursos suficientes para cumplir con sus deberes y responsabilidades tendientes al desarrollo integral de sus miembros, en especial de los niños, niñas y adolescentes.

Art. 104.- Régimen legal.- Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

Art. 105.- Concepto y contenidos.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.

Art. 107.- Ejercicio de la patria potestad en caso de reconocimiento posterior.- El reconocimiento posterior del hijo o hija da derecho al ejercicio de la patria potestad.

2.3.- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO

Es reconocer que los niños, niñas y adolescentes poseen derechos que deben exigir y deberes que tienen que cumplir dentro de la familia y la sociedad.

Principios Fundamentales

Igualdad y no discriminación. "(Art. 6CNA) iguales ante la ley y no discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares".

Corresponsabilidad "(Art. 8 CNA) adoptar medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de los derechos"

Función básica de la familia. (Art. 10 CNA) Espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del NNA.

Deber del estado frente a la Familia" (Art. 10 CNA) Definir y ejecutar políticas planes y programas que apoyen a la familia"

Interés Superior del Niño. (Art. 11CNA) Principio. Satisfacer el ejercicio de los derechos de los NNA, e impone a todas las autoridades y alas instituciones, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento".

Prioridad Absoluta "(Art. 12 CNA) E n la formulación y ejecución de las políticas publicas y en la publicación de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la

niñez y adolescencia, a las que se aseguraran el acceso referentemente a los servicios públicos.

Ejercicio progresivo. (Art. 13 CNA) El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de NNA se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez.

DERECHOS

De acuerdo al Código se encuentran divididos en cuatro grandes grupos.

- Derechos de supervivencia
- Derechos relacionados con el desarrollo
- Derechos de protección
- Derechos de participación

GARANTIAS PARA LA ALPICACION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NIÑAS y ADOLESCENTES

a) Titularidad de derechos.- Los niños/as sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos a su edad.

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

b) Naturaleza de estos derechos y garantías.-Por su naturaleza, los derechos y garantías de los niños/as y adolescentes son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente en la ley.

c) Deber jurídico de denunciar.- Toda persona, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, que por cualquier medio tengan conocimiento autoridad que tenga conocimiento de la violación de un derecho de NNA esta obligada a denunciar ante la autoridad competente en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

d) exigibilidad de Derechos.- Los derechos y garantías que las leyes reconocen a favor de los niños, niñas y adolescentes, son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, en la forma de este Código y más leyes establecen para el efecto.

e) Sanciones por violación de derechos.- Las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes serán sancionadas en la forma prescrita en el Código y más leyes, sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil.

2.4. INTERÉS SUPERIOR.

El Interés superior de niñas y niños es un principio jurídico y de derechos humanos establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y la niña (CDN), el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna (LRPM), entre otras leyes internacionales y nacionales. También estará incluido en el futuro Código de Familia.

Todas estas leyes definen este principio como un marco orientador hacia “aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social en consonancia con la evolución de sus facultades y que le beneficie en su máximo grado” (artículo 3 LRPM)

Este conjunto de leyes establece que todos los órganos de la administración pública y del sistema de justicia deben estar guiados en todas sus actuaciones por el principio del interés superior de la niñez, según el cual, “en todas las medidas que tomen las Instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades nacionales, municipales y de las regiones autónomas que afecten a las niñas, niños y adolescentes, así como en la interpretación y aplicación... se deberá tomar en cuenta como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente” (artículo 9 CNA)

Este principio se puede aplicar en todas las ramas del derecho y por todas las instituciones estatales siempre que se afecte directa o indirectamente a la niñez. Muchas de las siguientes recomendaciones están basadas en las buenas prácticas del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez y los Juzgados de Familia, recientemente creados por la Corte Suprema de Justicia.

Se debe privilegiar el derecho a la identidad del niño y niña a través del procedimiento establecido en la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna para la determinación de la filiación.

El principio del interés superior se utiliza para resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, de manera que en los procesos de familia entran en juego diversos intereses; la autoridad debe apoyar aquellos intereses que más favorezcan el interés superior del niño, niña y adolescente. Es decir, los que más contribuyan a su desarrollo integral.

Cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros, por ejemplo, privilegiar el derecho del niño y niña a conocer su filiación a través de la práctica de prueba de ADN al presunto padre, por encima del derecho del padre a la intimidad personal.

En los juicios de alimentación, garantizar de forma proporcional los alimentos para todos los hijos e hijas del alimentante. Garantizar que el procedimiento para prestar alimentos sea expedito, garantizando alimentos provisionales de oficio, desde el inicio del juicio.

Asegurar que el monto de la pensión alimenticia sea proporcional a la capacidad del alimentante y las necesidades del alimentado. Promover en el proceso judicial de alimentos el sentido de responsabilidad paterna y materna.

En los juicios de relación padre, madre, hijos-hijas, propiciar la relación del hijo-hija con ambos progenitores, salvo que fuera contrario a sus intereses por razones debidamente fundadas. Propiciar, siempre que sea aconsejable, que los regímenes de visitas deben cumplirse de la forma más natural posible, sin intervenciones de organismos. Utilizar la medida de limitar la relación del niño-niña con su padre-madre solo en último recurso.

En los juicios de guarda, propiciar el acuerdo voluntario de las partes en relación con la guarda, evitando situaciones que dificulten el posterior relacionamiento del hijo o hija con sus progenitores. En caso de niños y niñas menores de siete años, asignar la guarda preferentemente a la madre, salvo que fuera contrario al bienestar integral del niño y niña.

En caso de niños y niñas mayores de siete años, consultarle sobre la decisión de designación de la guarda. Asignar la guarda al progenitor que mejor garantice el desarrollo integral del niño y niña, evitando que tal designación se

fundamente de forma exclusiva en la capacidad económica de uno de los progenitores.

En los juicios de declaración de filiación, desestimar los argumentos que de mala fe presentan los padres para evadir la realización de prueba de ADN que demostraría su filiación. Evitar que el presunto padre, la madre y el hijo o hija concurren al mismo tiempo para realizarse la prueba de ADN. Evitar que las partes y sus abogados usen términos que hagan distinción entre hijos e hijas.

Garantizar atención digna y sensible a la madre y al hijo o hija en las instancias administrativas y judiciales, evitando la victimización secundaria.

CAPÍTULO III

3. CÓDIGO CIVIL.

INTRODUCCIÓN

La presente codificación del Derecho Civil Ecuatoriano tiene larga historia. Se la puede calificar de un camino iniciado hace muchos años y, en cierto modo, concluido con las reformas que aprobó el Congreso de la República en el año 1970.

Más no se trata de un camino uniforme ni continuo, sino de una senda complicada y que fue transitándose por etapas, algunas en el siglo XIX y otras en el presente siglo.

Con todo, cabe decir que las más importantes son aquellas innovaciones introducidas en tiempo del General Eloy Alfaro y aquellas posteriormente promulgadas por Congresos y gobiernos de facto, en los años que van de 1930 a 1961.

El Código de Andrés Bello, fundamento sabio del orden civil en muchos países hispanoamericanos, con razón y justicia ha gozado de autoridad casi inapelable. Fincado en principios universales de convivencia humana y en los postulados de una doctrina ética arraigada en la cultura de los pueblos nutridos con la savia grecolatina, el Código de Bello se ha mantenido incólume en su esencia, a pesar de los numerosos cambios y vaivenes de la política en los países del Nuevo Mundo. Un halo de un explicable respeto le circuye defendiéndole de los embates que, durante un siglo, han acometido contra las instituciones civiles americanas, antes del encauzamiento lógico del Derecho Social.

Pero el Derecho Civil, instrumento eficaz de la conservación del orden en las sociedades, por sólido y bien fundado que aparezca en medio de la mudanza de los hechos humanos e históricos, sufre permanentemente y, a veces, imperceptiblemente cambio. Parejamente a lo que ocurre en el orden físico, en el mundo humano y por debajo de las variantes externas y que tanto llaman la atención, se opera en la órbita de las realidades éticas una suerte de erosión silenciosa y necesaria por un lado y, por otro, una constante acumulación de materiales de arrastre humano, de índoles moral y social.

El Derecho sufre a causa de estos dos modos de desplazamiento, pues en su fondo más tranquilo, a lo largo de su vigencia, pierde y gana materia constitutiva en su proceso que, por ser viviente y siempre actual, le mantiene robusto en el contorno histórico, donde sólo permanece aquello que juega positivamente en el orbe de los valores humanos.

El Derecho que es cauce, también es tránsito y, al ser tránsito o decurso, acaba por enriquecerse siempre, aun cuando pierda, aparentemente, al dejar atrás materia institucional desgastada.

Hay épocas de cambio social muy lento. Hay otras, como la presente, de aceleración histórica inaudita.

En éstas, el hombre como sujeto de la historia desata el violento cambio y sufre las consecuencias del mismo. Un ritmo de existencia, antes inédito e impensable, arrastra cuanto se atreve a oponérsele con lentitud o pasividad. Las innovaciones se cuentan por el número de días, los afanes del hombre y de las sociedades bordan el marco tradicional del uso y de las costumbres, la existencia colectiva rompe los moldes viejos e improvisa nuevos troqueles para la actividad dinámica, la normativa jurídica periclita y deja al descubierto flamantes parcelas de vida humana que demandan nuevas formas y otros

criterios de normación. Entonces, el respeto a lo tradicional cede ante el engaño de lo que llega a ser o es ya con renovada exigencia vital.

Repetimos que el Código Civil Ecuatoriano tiene larga historia. Apenas organizada la República se patentiza la urgencia de un derecho para regular la existencia colectiva y las relaciones que antaño se mantuvieron en la órbita del derecho indiano. Gracias a este derecho y a la activa vida municipal de los Cabildos, la sociedad aprendió en la Audiencia de Quito y en las demás regiones del Imperio Español Americano, a regular las situaciones interhumanas con normas de validez constante. Aprendió que la regularidad forzosa vale infinitamente más que el arbitrio ocasional o la irregularidad inconstante.

Los tribunales y congresos de la naciente República miraron en torno y, en manos de un jurista de alta calidad mental y ética, don José Fernández Salvador, entregaron la tarea de redactar un Código Civil, el mismo que cuidadosamente elaborado no llegó a regir. Las tumultuosas circunstancias de la política lo echaron al olvido; mas, para la historia, dicho trabajo, constituye el primer hito importante y orgánico del Derecho Privado Ecuatoriano.

Por este mismo tiempo, con relativa contemporaneidad, en Chile trabajaba don Andrés Bello buscando fórmulas adecuadas y precisas donde se fundieran orgánicamente la tradición hispánica, la nueva forma de vida republicana, el empeño progresista del siglo XIX, la corriente jusfilosófica aportada por el historicismo, el romanticismo y el individualismo. Y, además, quedará otra vez incorporada, la sombra benéfica del inmenso derecho creado por Roma y desarrollado en los dos imperios, el latino y el de Bizancio. La tarea de Bello comportaba una erudición monumental, una prodigiosa capacidad de síntesis y una incomparable mentalidad jurídica.

Los modelos próximos de Andrés Bello fueron la doctrina y la obra positiva del historicismo jurídico llegado a su ápice en el Código de Napoleón. La escuela historicista del Derecho que en cierta forma resucitó al Jus - Civile en su forma prístina, llegó a dominar en la mentalidad jurídica de Francia y Alemania durante aquellas décadas y desempeñó un papel preciso en la hora en que Europa y el mundo cambiaban de actitud política, a tono con otras transformaciones operadas en la economía, la sociedad y el pensamiento. Hubo, en consecuencia, durante los años finales del siglo XVIII y los inaugurales del siglo XIX, una aceleración histórica exteriorizada por la urgencia de un reajuste social que se tradujo en una distinta concepción del Derecho, que desde entonces presentó con nitidez antes no alcanzada, no obstante la vieja y elemental orientación del Derecho Privado, en dos campos que, luego, se tornaron tradicionales, público y privado, encarnándose este último en el Derecho Civil de tipo individualista.

El Código de Bello adquirió, en seguida, resonancia continental. Llenaba una necesidad inaplazable, la llenaba de modo claro, conciso, oportuno, fundándose en la realidad presente de pueblos recién organizados para la vida del estado de derecho, y alentando las esperanzas de sociedades estremecidas por un optimismo histórico de última aparición. Nada tiene de raro, entonces, que varios países se apresuraran a adoptar aquel Código que, entre otras cosas, marcaba la fecha de nacimiento de formas de vida económica, familiar, social e individual largamente acariciadas.

El Ecuador se contó entre los primeros beneficiarios del Código de Bello. Conocido por el más alto tribunal de justicia, fue estudiado con detenimiento y, tras algunas reformas, enviado al Congreso para la correspondiente aprobación.

La Legislatura de 1857 dio paso a aquel cuerpo de leyes que se promulgó inmediatamente, por un gobierno provisional.

La satisfacción de contar con un Código de tal calidad doctrinaria y de tan alto rango histórico, no impidió el paso a las reformas que, de inmediato, comenzaron a ser planteadas en los congresos. Hubo algunas intrascendentes que no duraron y fueron derogadas a raíz de su expedición. Hubo otras, en cambio, como las pedidas y alcanzadas por don Gabriel García Moreno, que se incorporaron a la ley y algunas siguen rigiendo, como aquellas reglas relativas a la vigencia y retroactividad de la norma jurídica, a la capacidad de la mujer que trabaja en profesión o industrial, a la legitimación ipso jure de los hijos y otras más, pertinentes al derecho familiar y a la regulación del orden testamentario.

Configurada la que se podría llamar fisonomía ecuatoriana del Código de Bello, la vigencia del mismo siguió su curso natural, pero identificándose cada día con la vida de nuestra sociedad, que hizo de dicho cuerpo de leyes un modo sustantivo de aparecer históricamente en el mundo de la civilidad. Y por esta forma de vigencia, al asimilarse al espíritu y a la cultura ecuatorianos, llegó a convertirse en institución de primera magnitud. Mas el desarrollo histórico, el crecimiento humano y económico, la aparición de los problemas sociales que rebasaron los límites del Derecho Privado, fueron llevando lenta y continuamente al legislador a introducir formas útiles o ineficaces, sistemáticas o desarticuladas, pero reformas al fin, que atacaban, sino a la esencia del Código Civil, por lo menos a su estructura material y a su vestimenta literaria, cuando no a su ordenamiento o compatibilidad dialéctica y numérica.

La vida humana, con su marcha inexorable, impuso sus dictámenes categóricos y determinó, al fin, que el Código fuera revisado. Además, era preciso recoger las reformas aisladas, numerosas y de distintas épocas, reformas cuya inesquivable presencia causaba molestias y oscurecía el contexto legal. Sobrevino, pues, determinada por las circunstancias, una tarea a fondo y, a más de un siglo de haber sido promulgado el Código, comenzó a

ser objeto de una severa y orgánica revisión. En el seno del mismo la substancia legal erosionada y la nueva materia humana y social acumulada eran cuantiosas.

La presente entrega del Código Civil Ecuatoriano reúne, de manera sistemática, dos aspectos que debieron ser inseparables; reformas y codificación. Es, pues, una obra orgánica y en la que, según se decía al comienzo de estas líneas de introducción, en cierto modo termina un proceso largo y complicado.

Cinco fueron las ediciones del Código anteriores a la codificación aparecida en 1960, en esa recopilación manual que recibió el nombre de Constitución y Leyes del Ecuador. Está por demás decir que todas se hallaban agotadas, cuando se pensó en una edición definitiva o que así lo pareciera.

Por otra parte, desde fuera del Derecho Civil, desde el área del Derecho Constitucional, nuevos principios consignados en los capítulos de garantías familiares y sociales determinaban el cambio de criterios jurídicos en el campo del Derecho Privado, el que poco a poco va no solamente publicitándose, sino socializándose en un mundo cada vez más cambiante. Y tenemos que reconocer otra fase evolutiva del Derecho Civil, en fuerza de estos principios que se exponen y vivifican en las modernas Constituciones Políticas: si de un lado el orden civil se limita y recoge a una órbita más estrecha, aunque más clara, de otro, se ahonda en si mismo y en sus postulados se humaniza y compenetra con mayor agudeza en la intimidad de la vida personal.

La Comisión Legislativa Permanente, creada por nuestros recientes Estatutos Constitucionales, se vio avocada ante la realidad de reformar y codificar el Derecho Civil, y ante la magnitud de la faena tuvo a bien encomendarla a una Comisión especializada, cuyos criterios de innovación fueron aceptados casi en su totalidad. Dichos criterios comprendían, principalmente, al orden familiar, a

la igualdad de los cónyuges, a las limitaciones del derecho de propiedad. Más de quinientas reformas se introdujeron, y las razones de las mismas constaban en una extensa exposición de motivos que tuvo a su vista la Comisión Legislativa Permanente al discutir el proyecto, durante largos meses.

Las reformas adoptadas por dicha Comisión pasaron al ejecutivo para ser promulgadas. En uso de la facultad constitucional, el señor Presidente de la República las objetó, pues aunque coincidía con algunas, desaprobó una parte de ellas, las que se referían a la filiación, las que fijaban la mayor edad a los dieciocho años y las relativas a la igualación de derechos conyugales. Mas el Congreso, siguiendo los trámites puntualizados en la Carta Política, insistió en tales reformas, las mismas que acabaron sancionadas por el ministerio de la ley.

La Comisión Legislativa Permanente resolvió, entonces, codificar las reformas y editar el Código, innovándolo como antes no se había hecho. La Secretaría de la Comisión dio principio al trabajo, no corto ni sencillo, y comenzó a enviar a la imprenta los originales de un libro destinado a llenar una clamorosa demanda, así como a satisfacer la urgencia de abogados, jueces y estudiantes de Derecho.

Avanzada la tarea y al derogarse la Constitución de 1967 y al ser sustituida por la de 1946, quedaron desplazada la Comisión Legislativa Permanente y modificadas muchísimas disposiciones del nuevo Código. O sea, el Código Civil reformado debía pasar al olvido como otros tantos proyectos de innovación o nueva forma de vida jurídica.

En reemplazo de la abolida Comisión Legislativa, el Dr. José María Velasco Ibarra, en uso de los poderes de que se encontraba investido, creó la Comisión Jurídica encargada de discutir leyes y publicar las que estuvieran en curso de formación, una vez llenados los requisitos correspondientes.

Uno de los primeros problemas que se le plantearon a la Comisión Jurídica fue el de la vigencia de las reformas al Código Civil, cuestión tanto más difícil cuanto que las disposiciones de la Carta Política de 1946 no comprendían a muchísimas de tales reformas promulgadas ya. En tanto, multitud de trámites y de problemas judiciales demandaban un pronunciamiento claro por parte del Ejecutivo y de la Comisión.

Ésta, tras una meditada y honda discusión, sometió al señor Presidente de la República un proyecto de decreto, gracias al cual, al declararse vigentes las reformas y al establecer la continuidad legal de las mismas desde la fecha de su promulgación, salvó la obra realizada.

La Comisión Jurídica revisó y mejoró la codificación inicial mediante una prolija y paciente labor y le dio nueva vida. La Comisión aspira a que esta codificación del Derecho Civil Ecuatoriano acaso sea, si no la mejor posible, por lo menos la más completa y sistemática. Seguramente la práctica demostrará las insuficiencias que aloja en su seno y aconsejará las mejoras que, posteriormente, sean necesarias.

La tarea legislativa, como la vida del Derecho, nunca está completa. El orden jurídico, a la par de todo cuanto crece en el mundo de la cultura, no es perfecto sino constantemente perfectible. La vida humana, que es modelo, impulso y anhelo inagotable, es sendero y meta, al mismo tiempo. El derecho que sirve a la existencia, parte de ella y a ella retorna en un perpetuo movimiento.

3.1.- ANTECEDENTES.

Una vez consumada la independencia siguió rigiendo en las naciones americanas desprendidas de España, el viejo y complicado sistema jurídico colonial.

Las jóvenes repúblicas estuvieron muy pronto dotadas de flamantes Constituciones Políticas y de leyes necesarias para afianzar el nuevo orden de cosas; sin embargo la antigua legislación civil se mantuvo vigente porque no había existido el tiempo ni la tranquilidad para sustituirla.

Pero en Chile llegó el momento y la necesidad de crear un Código Civil propio y era importante encontrar un hombre versado y tenaz que solo o en el seno de comisiones, se le impusiera el arduo trabajo de componer nuestro Código.

Chile tuvo la suerte de contar con ese hombre. Esa gloria estaba reservada al venezolano Andrés Bello, quien, a poco de llegar al territorio chileno, ya en 1831, se consagró a ese intento con ejemplar constancia hasta darle fin.

Bello jugó un destacadísimo rol en forjar la institucionalidad necesaria para dar forma a la nueva nación chilena, resaltando su aporte a la educación y la cultura, así como el impulso que su influencia le dio al Movimiento literario de 1842. Fue profesor en el Instituto Nacional, redactor de El Araucano y se desempeñó como rector de la naciente Universidad de Chile desde 1843 hasta su muerte.

Como se señalaba anteriormente Bello fue el principal redactor de nuestro Código Civil, que se promulgó en 1855 y que continúa vigente en nuestro sistema jurídico.

Tras largos años de trabajo (oficialmente con la ayuda de varias comisiones, pero en la práctica actuando en forma solitaria), Bello entregó el proyecto de código en 1855. El Presidente Manuel Montt lo presentó al conocimiento del Congreso Nacional, acompañado de un mensaje redactado por el propio Andrés Bello, el 22 de noviembre de 1855, siendo aprobado el 14 de diciembre de 1855.

Entró en vigencia el 1 de enero de 1857 y ha permanecido en vigor desde entonces.

Tradicionalmente se ha creído que la principal fuente de inspiración del Código Civil chileno ha sido el Code Civil Napoleónico. Aunque esto es cierto en materia de obligaciones y contratos, no lo es en las demás áreas. La fuente principal fueron Las Siete Partidas de Alfonso X (un texto de derecho común).

Principios fundamentales

Los principios fundamentales que inspiran el texto de este código, son los siguientes:

- ✓ Autonomía de la voluntad.(autonomía privada)
- ✓ Protección a la Buena Fe.
- ✓ Sanción al enriquecimiento sin causa.
- ✓ La responsabilidad.

Estructura del Código Civil

El Código Civil chileno se estructura en un título Preliminar, cuatro libros y un título final.

Título Preliminar.

Este título está compuesto por 53 artículos (a diferencia de los 6 del Código de Napoleón). En estos artículos se trata acerca de la ley, su concepto, su promulgación, su obligatoriedad, los efectos en el tiempo y el espacio, su derogación y su interpretación. También define las palabras legales de uso corriente, trata del parentesco y de la representación legal, define el dolo, la culpa, la fuerza mayor, la caución y las presunciones, y establece la forma de computar los plazos.

Libro I: De las personas.

Al hablar en este Libro acerca de las personas, no solo se refiere a las personas naturales si no que también a las personas jurídicas, siendo el primer código que trata sistemáticamente acerca de ellas. Al referirse acerca de las personas naturales trata del matrimonio (modificado recientemente por una nueva Ley de Matrimonio Civil), de la filiación, del derecho de familia, de los tutores y curadores. Desde 1991 en adelante esta sección ha sido modificada profundamente con el fin de actualizar las instituciones centenarias del código a la realidad del Chile moderno.

Libro II: De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce.

Este libro estructura los lineamientos básicos acerca de la propiedad, regulando cuales son los bienes y cuales de estos son apropiables por las personas, establece los modos de adquirir el dominio, regula los derechos reales y fija su contenido y límites.

Libro III: De la sucesión por causa de muerte y las donaciones entre vivos.

Este es el libro más antiguo del Código, siendo redactado por Bello alrededor del año 1835. Regula, como su denominación lo indica, todo lo relacionado a las sucesiones (testamentos, herederos, etc.) y con las donaciones entre vivos. Pese a que su autor era favorable a un régimen sucesorio libre (la posibilidad de repartir libremente la herencia), sus normas se basaron en el derecho sucesorio castellano, modificado en aspectos centrales como la eliminación de la primogenitura y los mayorazgos, y la no discriminación en razón del sexo.

Libro IV: De las obligaciones en general y de los contratos.

Es la parte más cercana al Código de Napoleón se encuentra en esta área. Aquí se regula la forma de manifestar la voluntad en el campo del derecho y todas sus condicionantes (todos los vicios de los que puede adolecer), establece el objeto y la causa del acto jurídico y los medios para dar validez a la voluntad. Se regula los principales contratos utilizados en la vida común (arrendamiento, compraventa, permuta, etc.), los efectos de estos, sus causales de nulidad y cierra el texto con la institución de la prescripción (que hace de iure situaciones de hecho prolongadas en el tiempo).

Por la fecha de su dictación varias de sus disposiciones han caído en desuso, han sido modificadas o mejoradas por la práctica. Sin embargo, en la actualidad varios juristas insisten en la necesidad de introducirle profundas modificaciones o derogarlo y reemplazarlo por otro, debido a los profundos cambios experimentados por el derecho en los últimos 150 años, aunque esto es bastante improbable, dado las profundas e importantes raíces que ha hecho el código en la doctrina jurídica chilena.

En el año 2005, se conmemoró el centésimo quincuagésimo aniversario de su promulgación, el 14 de diciembre de 1855.

3.2.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL ECUATORIANO

Los derechos y garantías constitucionales que han de respetarse en un proceso, constituye una de las expresiones del derecho a la libertad, de ahí adquieren un rango de derechos y garantías fundamentales.

Estos principios constitucionales que voy a mencionar no son simples máximas, nuevos refranes, pensamientos y aforismos, sino que son normas de orden constitucional que obligadamente deben observarse.

Reseña histórica de los principios procesales

El Código de Justiniano dice lo siguiente:

- 1.- Interpreta la ley el que lo hizo
- 2.- Si el actor no prueba, el reo es absuelto.
- 3.- El error de los defensores no pueden perjudicar a los litigantes.
- 4.- El dolo no se presume y debe probarse ante los Tribunales
- 5.- Es derecho evidentísimo, que es lícito a los litigantes recusar a los jueces.
- 6.- El litigante ha de sujetarse a la jurisdicción (ubicación) de la cosa.
- 7.- Es ley general, que nadie debe ser Juez a si mismo, ni declarar derecho para si.
- 8.- Nadie puede ser obligado a demandar, ni a acusar.
- 9.- La jurisdicción es improrrogable, la competencia es prorrogable.

Principios fundamentales del proceso civil

PRIMERO.- Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.

Este principio se refiere, que cuando el legislador, señale el procedimiento que debe observarse para obtener la efectividad de la ley en determinado caso, es obligatorio para el juez y para las partes realizar tales actos en la precisa forma señalada por aquel, pues se trata de normas imperativas, de inexcusable cumplimiento y por tal ni el juez ni las partes pueden ejecutar actos que no han sido establecidos, ni omitir o modificar los que han sido señalados, salvo que la ley expresamente autorice hacerlo.

SEGUNDO.- Dispositivo e Inquisitivo.

De acuerdo con el principio dispositivo, el proceso sólo puede iniciarse a instancia de quien pretende la tutela de un derecho y no puede desarrollarse sino mediante el impulso de las partes.

De conformidad con el principio inquisitivo, es el juez quien debe desplegar toda autoridad necesaria tanto para iniciar el proceso como para adelantarlos, sin que la inactividad de las partes constituya una valla para aportar todos los elementos que le permitan proferir su decisión.

TERCERO.- Derecho de petición.

El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y, a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado conforme a la ley".

Este derecho como dice el maestro Couture, no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad, ejerciendo la respectiva acción o demanda.

CUARTO.- Igualdad de las partes en el proceso civil.

La credibilidad del proceso, como instrumento de solución de conflictos de intereses, depende esencialmente de su capacidad, para ofrecer a los respectivos titulares, una perspectiva de ecuanimidad; es indispensable que ambos litigantes puedan tener alguna esperanza de vencer y más aún que puedan confiar en la ventaja práctica, la igualdad de las partes se traduce en igualdad de riesgos.

El desarrollo de la actividad procesal debe haber igualdad de oportunidades hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito, por ende ambas partes deben tener las mismas posibilidades de actuar y también de quedar sujetos a las mismas limitaciones.

QUINTO.- Dualidad.

No es posible contar en un proceso con una sola parte no con tres o más, pero si bien puede existir varios sujetos que se colocan en cualquiera de las posiciones activa y pasiva, pero no pueden estar los sujetos en una sola posición; a excepción de los juicios de jurisdicción voluntaria, que a la final son actuaciones de carácter administrativo encargados a los jueces.

SEXTO.- De la impulsión del proceso.

Este principio permite al juez, para que una vez iniciado el proceso, lo adelante, hasta ponerlo en estado de decidirlo, el juez es responsable por la demora en el trámite de los juicios.

SÉPTIMO.- Economía Procesal.

Por medio de éste principio, se trata de obtener el mejor resultado posible, con el mínimo de actividad jurisdiccional y de gastos para las partes.

OCTAVO.- Principio de Preclusión.

Esto es cuando se da por concluida una etapa, impide el regreso a la anterior, salvo el caso de nulidad; este principio es una garantía para las partes por cuanto cada una de ellas tuvo la certeza de que si expira una etapa o un término sin que la otra hubiera realizado determinado acto que debe llevar a cabo en esa ocasión, ya no podrá ejercerlo más adelante.

NOVENO.- Principio de eventualidad

Esto es, que los actos que se obliga a las partes a ejecutar en determinado momento del proceso, no surten efecto en forma inmediata, sino en el futuro, siempre que sean útiles para la decisión del litigio y así las pruebas pedidas y practicadas oportunamente adquieren su valor solo en sentencia.

DÉCIMO.- Principio de concentración.

Esto es, que los medios de ataque y de defensa pueden ser empleados por regla general mientras no se decide el juicio, de tal modo que los incidentes deben ser resueltos en sentencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Principio de inmediación.

Debe haber una comunicación directa, inmediata entre el juez y los distintos elementos del proceso como son las partes, desgraciadamente en nuestro

medio no se cumple sino a medias este principio, por el cúmulo de trabajo que tienen los señores jueces.

DÉCIMO SEGUNDO.- Este principio, propicia la terminación del proceso, en forma rápida y permite que se realicen los principio de concentración y de inmediación.

Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites. Adoptarán en lo posible el sistema oral.

DÉCIMO TERCERO.- Principio de escritura.

Tiene el inconveniente de alargar el trámite del proceso y dilatar la decisión del litigio, pero ofrece la ventaja, de que permita a las partes estudiar con cuidado sus peticiones antes de formularlas y al juez examinar con detenimiento las pruebas antes de decidir.

DÉCIMO CUARTO.- Que las sentencias no crean derechos sino que se limitan a declararlas.

la sentencia no crea derechos sino que se limita a declararlas y esto porque el derecho que se reclama existe al tiempo de formularse la demanda; y, por tal es anterior a la sentencia, ósea que si el derecho no existía el juez no podría reconocerlo en sentencia.

DÉCIMO QUINTO.- Principio de la verdad procesal.

El juez puede tener por existentes los hechos que aparezcan demostrados en el proceso, de manera plena y completa; y, solo con base en ellas debe dictar su decisión, o sea para el juez, solo es verdadero que aparezca en el proceso, aunque lo ideal es que aparezca la verdad material o verdadera que trata

Carnelutti, pero no siempre la verdad procesal corresponde a la verdad material, por esta razón la ley dota al juez de amplias facultades para descubrir la verdad.

DÉCIMO SEXTO.- Principio de la cosa juzgada.

La decisión judicial ejecutoriada es definitiva y tiene por tal carácter obligatorio.

Definitivo.- por cuanto no pueden llevarse nuevamente, ese conflicto al conocimiento del juez.

Obligatorio.- porque las partes deben someterse y acatar el fallo proferido.

Cosa Juzgada.- significa que una vez que la justicia, ha decidido un litigio con las formalidades legales, no pueden presentarse una nueva discusión al respecto entre las mismas partes, por el mismo objeto y por la misma causa.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Del contradictorio o de la audiencia bilateral.

Esto es, la relación de acción y de contradicción, o sea que actor y demandado, están en igualdad de condiciones, de este modo la citación con la demanda y la notificación con la apertura de la prueba, son requisitos procesales indispensables.

DÉCIMO OCTAVO.- Principio de Impugnación.

Es una facultad-derecho, que la ley otorga a las partes, para apelar, o impugnar providencias, autos y sentencias que le perjudiquen.

DÉCIMO NOVENO.- Principio de la sana crítica.

La Sana Crítica, consiste en que el juez, debe apreciar la prueba y los antecedentes de la causa, de manera provechosa para la finalidad del proceso; el juez debe ceñirse a la recta inteligencia, al conocimiento exacto y reflexivo de los hechos, a la lógica y a la equidad, para examinar las pruebas actuadas en el proceso y de esta manera ha de llegar con entera libertad a la decisión que más se ajuste a su íntima convicción.

Nuestra ley establece que: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...".

En la sana crítica el juez debe fundamentar su fallo, es decir razonar delante de la prueba y con la prueba, teniendo en cuenta que existe una unidad y por tal no se puede analizar las pruebas en forma separada.

VIGÉSIMO.- Principio de las dos instancias.

Por regla general todo proceso tienen dos instancias, cuya finalidad es que el superior jerárquico del juez que dictó la sentencia, auto o providencia, la revise, ya por el recurso de apelación, ya por el de consulta; así se garantiza el mejor servicio de la Administración de Justicia y la confianza que se debe tener en las decisiones judiciales.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Principio de lealtad y buena fe.

Lealtad para la contraparte, lealtad para el juez, lo cual significa no utilizar procedimientos que no corresponden o que se partan de la sinceridad del procedimiento judicial.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Principio de la carga de la prueba.

El Juez al fallar, debe hacerlo teniendo en cuenta a cual de las partes corresponde la carga de la prueba, esto es del hecho o hechos alegados por ellos.

3.3.- LAS PERSONAS NATURALES EN EL CÓDIGO CIVIL.

El Derecho de Personas en Ecuador lamentablemente ha sido muy descuidado durante décadas en que el Legislador ha dirigido toda su atención al Derecho Patrimonial.

Si consideramos que somos las personas naturales quienes creamos la norma jurídica por y para nosotras, resulta curioso que el Código Civil ecuatoriano no ubique a la persona natural en el sitio que se merece.

La causa de este descuido hay que buscarla en las inevitables coyunturas histórico-económicas, tales como el endeudamiento “eterno”, la inflación, la crisis bancaria, que han orientado la preferencia legislativa a temas de mayor impacto político (legislación laboral, societaria, entre otros ámbitos jurídicos), sobre los que muchos pueblos sudamericanos cifran sus esperanzas para despegar de la miseria que los agobia, y que a largo plazo, paradójicamente, extinguen su autoestima al generar e incentivar la mentalidad del “yo soy - lo que tengo”, olvidando la verdadera proyección humana del “yo soy - único e irrepetible por mi mismo, en mi propia dignidad”, independiente de los activos o pasivos del patrimonio.

Se trata entonces de una inexplicable forma de legislar y hasta de vivir, que se refleja en el gusto de “importar” antes que de producir. Sin embargo, no pienso que toda importación normativa sea mala “per se”, sino específicamente

aquella que extingue la producción o que olvida la realidad cultural, científica e inclusive las tradiciones de la sociedad para la que se legisla.

Tanto gustamos los ecuatorianos de “importar”, que nuestros Códigos son réplicas de Códigos extranjeros. Así, el Código Civil se inspiró totalmente en el Código Chileno elaborado por don Andrés Bello. Acerca de esta inspiración, relatemos una anécdota: en 1855, se encargó por Decreto a la Corte Suprema la redacción del Proyecto de Código Civil ecuatoriano.

Ese mismo año se publica el Código Civil chileno y perezosamente, en 1857, dos años más tarde, los magistrados de la Corte Suprema ecuatoriana redactan una carta en la que sugieren al Congreso Nacional: “...adoptar la obra de Bello porque, aunque habían avanzado en su labor, dejando muchas veces a un lado sus otras tareas propias de sus funciones, logrando así redactar ochocientos sesenta artículos, la Corte, que no abriga sentimiento de orgullo ni vanidad, y que cree que no hay mengua alguna en adoptar lo bueno que se encuentra hecho, no ha vacilado en volver sobre sus pasos, dando de mano a sus trabajos anteriores, y se ha contraído a examinar detenidamente dicho Código.

De este examen ha resultado la convicción de que sus doctrinas y aún su estilo podrían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de las circunstancias y el bien de la claridad hicieren necesarias.

Esta calurosa propuesta fue adoptada por los Legisladores, quienes en diciembre de 1860 decretan la entrada en vigor del “nuevo” Código Civil, a partir del 1ero de enero de 1861. Me parece que esta anécdota es digna de retener en la memoria para explicar lo que sucede con nuestro Derecho Civil en general y más aún con el área de las personas, pues a la vez nos permite entender por qué los simples cuarenta artículos que el Código Civil ecuatoriano

dedica a las personas naturales en el Libro Primero ni siquiera se han reformado para armonizarse con la realidad del mundo actual.

Y es así que el inciso primero del Art. 40 Código Civil ecuatoriano establece :”Las personas son naturales o jurídicas”, siguiendo la línea trazada por el codificador de origen venezolano y nacionalizado chileno, don Andrés Bello, quien se basó, como es sabido, tanto en el Código Napoleónico como en las fuentes romanas, interpretándolas dentro de la pura tradición ficcionista.

El Código utiliza el término persona como sinónimo de sujeto de Derecho, y dentro de este contexto se enmarca la referencia a la persona natural del inciso primero del Art. 41 del CC ecuatoriano: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición...”

De la lectura del citado artículo, debemos entender que somos personas naturales todos los hijos de mujer, para ser persona se necesita entonces estar provisto de una conformación somática normal, pero en la actualidad esta aclaración pierde importancia, aunque se comprende su origen, si recordamos que en el Derecho Romano, al igual que en el Derecho Español Antiguo, se consideraba que no eran personas los “monstruos”, individuos que nacían con determinadas taras o defectos, pues se creía que eran el fruto de relaciones sexuales entre humanos y bestias. Hoy en día, indiscutiblemente todo ser humano es persona natural.

La norma invocada, erróneamente considerada definición de persona natural, no es ni lejanamente tal, ya que no contiene un género próximo ni características propias, y sus deficiencias han llevado a que la jurisprudencia y la doctrina ecuatoriana, en armonía con la tendencia latinoamericana más tradicional, intenten establecer el contenido del concepto en base a ciertos atributos: así, por ejemplo, el propio Código Civil ecuatoriano en el Título Primero del Libro respectivo, habla “De las personas en cuanto a su

nacionalidad y domicilio” propiciando que se entienda que persona es quien tiene nacionalidad o domicilio, características insuficientes para definirla, porque la persona natural es más que un atributo.

Además, nuestro Código Civil, aún no recoge los derechos personalísimos o existenciales dentro del capítulo destinado a las personas, a diferencia de otros cuerpos legales, como por ejemplo, el Código Civil Peruano, que los incorporó en el año de 1984.

Sin embargo, el Artículo 41 tuvo al menos un mérito: estableció en el inciso segundo el principio universalmente admitido de la “no-discriminación”, al estipular que sin importar la edad que se tenga (niño o anciano); el sexo (hombres y mujeres); la estirpe (raíz y tronco de una familia); o condición (pobre o rico, noble o plebeyo): todos somos personas, mucho antes de que este enunciado fuera incorporado por el Derecho Público en la Norma Suprema del Estado, pues en las doce primeras Constituciones de la República ecuatoriana (1830 hasta 1884) solo se estableció la igualdad ante la ley en forma genérica, y recién en 1897 se prohibió “cualquier desigualdad por causa religiosa” pero solo a partir de la Constitución de 1945 encontramos que “se declara punible toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de fe, clase, sexo, raza u otro cualquiera”.

Queda claro que para el Código civil ecuatoriano todos los seres humanos somos sujetos de Derecho, sin hacer ninguna distinción, pero entonces, cabe preguntarnos, ¿cuándo principia la existencia para el Derecho civil ecuatoriano?

En cuanto al principio de la existencia, el Código Civil ecuatoriano, siempre dentro de la tradición de Bello, distingue entre la existencia natural y la existencia legal de la persona humana, pues establece en su Art. 60: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es

separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”.

La existencia legal comienza entonces con el nacimiento y dentro de ese contexto, antes de ese momento, el nasciturus tiene una protección legal como un reconocimiento a su vida o potencialidad de vida humana, pero no es sujeto de derecho.

Dicha protección jurídica consiste en ciertas medidas que el legislador adopta para proteger la existencia del que está por nacer, como son por ejemplo: la tipificación del aborto en el Código Penal, despenalizándolo solo en dos casos.

Pero, si el legislador no considera sujeto de Derecho al que está por nacer, entonces, solo nos queda pensar en un simple esfuerzo eliminatorio que para nuestra legislación civilista (y digámoslo aunque resulte chocante el uso de los siguientes términos) se trata de una cosa protegida, un objeto protegido, aunque el código civil no utilice estas expresiones y prefiera engañarse con la frase “el que está por nacer” para referirse al embrión y/o feto.

Sin embargo, nuestro Código Civil en ningún momento se aparta del sistema de la ficción de raigambre romanista, reflejado en el Art. 63 que establece: “Los derechos que corresponderían a la criatura (los patrimoniales), si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60 inciso segundo, -“la criatura que muere dentro del vientre materno se considerará que no ha existido jamás”- pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido”.

De esta manera, en este sistema contradictorio, si bien el concebido no existe legalmente hasta su nacimiento, por un “reconocimiento especial del legislador a la vida humana”, si es que nace, se considerará que ciertos derechos (los patrimoniales) los adquirió desde su concepción, cuando no era sujeto.

Los Constituyentes zanjaron así la discusión sobre el momento en que debe situarse el inicio de la vida humana y lo fijaron en la concepción. Pero la redacción de la norma nos deja dudas sobre el alcance de la misma, porque probablemente supera la voluntad del propio Constituyente, quien desde el ámbito del Derecho Público empieza a distanciarse del camino marcado por Bello en este tema, al hablar de una protección del Estado ecuatoriano al derecho a la vida desde la concepción, pues aunque todavía se intente enfocar este aspecto con un prisma proteccionista – mereces protección aunque no eres titular-, aparecen reunidos por primera vez en la historia del ordenamiento jurídico ecuatoriano los términos derecho a la vida desde la concepción.

A partir de la vigencia de la Norma Constitucional, que es indudablemente una de las más modernas y mejor redactadas de Latinoamérica, ya que por ejemplo contempla entre los derechos fundamentales el de “ no discriminación por sexo... u orientación sexual” consagrando el derecho a escoger la tendencia de la sexualidad, surge un movimiento jurídico que busca reformar y actualizar ciertas normas que la realidad había dejado caducas y se elaboran los Proyectos de Ley de la Familia y Ley de la Niñez y Adolescencia.

Es obligación del Estado, la sociedad y la familia, asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”.

En efecto, si leemos con atención el texto comentado, ya no se habla simplemente de protección a la vida humana y lejos queda ya la distinción entre existencia natural desde la concepción hasta el nacimiento y existencia jurídica solo para el nacido vivo. Se establece que el niño/a y el adolescente tienen DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN.

La redacción, contrariamente a lo que sucedía con la norma constitucional, ni siquiera deja lugar a alguna duda. Semánticamente, tener es poseer. ¿Y quiénes tienen derechos? Únicamente los sujetos, porque los objetos no pueden ser titulares ni peor ejercer algún derecho.

Claro está que dicha norma es también fuente de origen de otras interesantes complicaciones jurídicas: es evidente que el nasciturus posee dos categorías diferentes de derechos: patrimoniales y extra-patrimoniales (personalísimos o existenciales), estando el ejercicio de la primera categoría subordinado al nacimiento con vida tal como establece el Art. 63 del Código Civil. Pero no se puede decir lo mismo de los derechos personalísimos, que dada su propia naturaleza no puede ejercitarlos por sí mismo, por lo que deberá hacerlo, a través de un representante.

Como consecuencia, los representantes naturales vienen a ser los padres, y en caso de falta del padre, la madre, pero ¿qué sucede si su derecho está en contraposición con el del nasciturus? Entonces sería recomendable la figura de un curador del nasciturus, nombrado por el Juez para cada caso específico que se le plantee.

Al respecto, conviene también interrogarse si en Ecuador el legislador ha decidido abandonar las ideas de Bello y cambiar su orientación en el Derecho de Personas para inclinarse por la corriente del codificador argentino Vélez Sársfield, diametralmente opuesta. La respuesta desvela a los propios redactores del Código de la Niñez y Adolescencia, quienes increíblemente,

parece que recién dimensionaron el alcance real de la norma cuando en ciertos foros de discusión, el jurista argentino, Dr. Ricardo Rabinovich Berkman, fue el primero en plantear públicamente esta posibilidad.

Pero dentro de esta saludable inquietud generada en el seno de los autores de la Ley, existen ciertos hechos que son innegables, como por ejemplo, la necesidad urgente de reformar expresamente el texto del Art. 60 del Código Civil ecuatoriano, que mientras tanto podría considerarse reformado tácitamente por la ley especial de la Niñez y Adolescencia, con todos los riesgos de interpretación y aplicación en la práctica forense que esto implica.

Para reformarlo, son varias las propuestas que se manejan, personalmente me adhiero a los juristas que han sugerido adoptar el sistema peruano, distinguiendo al sujeto de derecho de la persona natural, considerando así a todos los seres humanos sujetos de derecho pero sólo a los nacidos, personas naturales, sin que con esto yo quiera significar que se debe repetir sin reflexionar, el texto del Artículo Primero del Libro de las Personas Naturales peruano para incrustarlo en nuestro sistema, en una nueva importación que no refleje nuestra propia realidad, coincidente sin duda en muchos aspectos con la realidad peruana pero que primero debe analizarse profundamente.

A mi entender, sería interesante la reforma en el sentido indicado siempre y cuando se la realice de manera integral y que no se pretenda darle un alcance mayor al que tiene dentro del propio sistema peruano, en que según el Dr. Fernández Sessarego, se ha adoptado mas con afán semántico jurídico antes que con una finalidad ontológica, pues para este ilustre autor: “debe remarcarse que se trata de un distingo de carácter lingüístico, en tanto que siempre, y con cualesquiera de ambas expresiones, aludimos a un mismo ente, o sea, a la vida humana. No obstante, dicho recurso lingüístico permite sistematizar con toda amplitud, a nivel normativo, la dimensión sociológico

existencial que integra el fenómeno jurídico, obteniéndose así evidentes ventajas de orden práctico”

Por otra parte, esperemos que la reforma siga la tendencia moderna a la que me atrevo a calificar de “pro vida” y no retroceda, en un afán por salvar el intocable Código de Bello, a la línea original.

Esta no sería la primera reforma importante al mentado Artículo 60, pues en 1989 ya se avanzó en este sentido, recién a partir de ese año, nuestro ordenamiento jurídico civil sólo exige para que el nacimiento constituya un principio de existencia que la criatura haya nacido viva, es decir, adopta la teoría de la vitalidad, diametralmente opuesta al sistema anterior que seguía la teoría de viabilidad: no bastaba que la criatura haya nacido viva, sino que debía nacer viable, o sea, con todos los órganos necesarios y suficientemente constituidos para tener aptitud para seguir viviendo.

En efecto, el Art. 60 del Código Civil ecuatoriano, antes de la reforma, exigía que la criatura sobreviviera veinticuatro horas a partir del nacimiento, siguiendo la teoría de la vitalidad que fue muy criticada pues entre otros argumentos de peso, se consideró que el lapso de veinticuatro horas nada significaba pues la criatura bien podría vivir ese lapso pero no ser viable, a más de las dificultades que implicaba el cálculo mismo del lapso legal.

Resulta importante señalar también que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el nacimiento vivo significa la separación fisiológica del cuerpo de la madre y no depende del corte del cordón umbilical, ya que si bien el Código Civil nada manifiesta al respecto, otra ley especial, la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, puso fin a una larga discusión al establecer claramente en su Art. 130:” Definición de nacimiento vivo.- Se entiende por nacimiento vivo a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción

que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unida la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considera nacido vivo”.

Dentro del tema del Inicio de la Persona Natural en el Derecho ecuatoriano, es obligatorio hacer referencia a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), las cuales pese a que en Ecuador se practican cotidianamente, aún no se han regulado, sobrepasando la realidad científica a pasos agigantados al Derecho. Es así como hoy en día, solamente en Quito, existen seis médicos especialistas dedicados a la práctica de la Fertilización In Vitro, dos como directores de Centros de Fertilidad y los demás en hospitales privados. El costo mínimo de la práctica es de tres mil dólares americanos y se implantan tres embriones para lo cual se fertilizan hasta diez óvulos.

¿Qué sucede con los embriones sobrantes? De acuerdo a mi investigación personal, en los centros de fertilidad, si los padres no manifiestan la voluntad de conservarlos y cubren los costos de mantenimiento, el destino inmediato es la destrucción.

Este distanciamiento entre la realidad y el Derecho no significa que los juristas ecuatorianos no estemos conscientes de la necesidad de que el ordenamiento jurídico se ocupe del tema y es por esto que en los años 1998-1999, se trabajó el proyecto de Ley de la Familia, el cual fuera presentado al Congreso Nacional en el mes de julio del 2000 y que contemplaba, entre otros avances legislativos, la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Así, acogiendo el criterio expuesto en el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina” (1996) del Consejo de Ministros de

Europa, permitía las Técnicas de Reproducción Asistida para subsanar problemas de esterilidad, pero no para seleccionar características del concebido, salvo el caso de que se tratara de evitar una enfermedad grave. No se permitía el uso de estas técnicas para mujeres sin pareja sino solamente, para mujeres casadas o con una pareja en unión de hecho legal (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la Ley española de 1988). Se permitió también la fecundación post mortem siempre que el marido la hubiera autorizado expresamente y se practicara dentro de los 90 días de emitida dicha autorización como plazo máximo.

Tanto en los casos de Técnicas de Reproducción Asistida como en la maternidad subrogada, la cesión de óvulo para ser admitida debía hacerse a título gratuito.

Más aún: es indiscutible la necesidad de una Ley que regule las Técnicas de Reproducción Asistida, si consideramos que en esta materia no puede aplicarse el principio universal de derecho privado “lo que no está expresamente prohibido está permitido”, pues por su relevancia social, el derecho de personas y de familia involucra el interés general de la sociedad y es considerado, para todo los efectos, como de Derecho Público, por lo que todo lo que no está permitido resulta prohibido.

Concluimos evidenciando que en el Derecho Civil de personas ecuatoriano existe una brecha que separa la realidad del ordenamiento jurídico y que se manifiesta en prácticas cotidianas que no se han legislado y que afectan a la esencia misma del ser humano, por lo que resulta necesario crear o agilizar el trámite de ciertos proyectos de Ley que incorporen nuestra herencia jurídica a la realidad actual, a fin de que los Jueces no se vean obligados a acudir al derecho comparado o peor aún, denegar la aplicación de justicia en casos que cada vez son más numerosos.

Citas:

(1) Córdova, Andrés F., Derecho Civil Ecuatoriano, Ed. Casa de la Cultura, 1956, citado por Ricardo Rabinovich-Berkman, Recorriendo la Historia del Derecho, Quito, Cevallos, 2003.

(2) Fernández Sessarego, Carlos, Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano, Lima, Grijley, 2001, p 36.

(3) Dato actualizado a julio del 2004.

CAPÍTULO IV

4. EL MATRIMONIO.

En la reforma introducida al Código Civil en 1912, se establece otras causales de divorcio, introduciendo incluso el divorcio por mutuo consentimiento. Desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarísimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquial; incluso se establecía el divorcio tácito que se daba por la separación voluntaria de los cónyuges, sin relaciones maritales, por mas de tres años. Los divorcios por causal o contenciosos se acogían al trámite verbal sumario.

En el año de 1940 se suprime el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento. Asimismo en 1958, se determina el divorcio semi - pleno o la separación conyugal judicialmente autorizada, retocándose también las causales de divorcio, aunque sin suprimir ninguna y se corrigieron algunos defectos formales o contradicciones de la ley.

En la Constitución de 1978 se prescribe la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio, debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial, lo cual fue regulado por la Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derecho y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

La Ley Nro. 88 publicada en el registro Oficial 492 del 2 de Agosto de 1990, reforma la causal de divorcio 11ava, determinado como tiempo necesario de abandono para que cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, pueda plantear el divorcio hasta tres años, y en un año para quien ha sufrido el abandono.

Debo agregar que en cuanto al concepto de matrimonio, lo único que se ha cambiado en los tiempos actuales es la característica de vínculo indisoluble y perdurable, en lo demás subsiste plenamente en su concepto inicial y en sus finalidades básicas como son las de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

El matrimonio civil constituido legalmente, es el que regula las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc.

Desde las conceptualizaciones más burdas hasta las más complejas, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos de existencia y de validez; los primeros de ellos (de existencia), tienen por finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos planifican los efectos, imposibilitando la nulidad".

Para vivir en armonía los legisladores han considerado necesario crear leyes que rijan los actos de los ciudadanos en todas partes del mundo.

El acto del matrimonio legalmente constituido es la primera institución que reconocen los Estados, el mismo que se da a través de la unión de un hombre y una mujer, en su derecho mutuo, forman un hogar fundamentado en alianza mutua.

Dentro de este acto legal, del matrimonio civil los contrayentes están sujetos a darse y aceptarse uno a otro con el propósito de propagar la raza humana, de educar su prole, de compartir vida en común, de apoyarse uno a otro en el amor conyugal íntegro por una unión perdurable.

Desde los inicios de la constitución del matrimonio civil como tal, los legisladores consideraron que debe tener elementos de: existencia, validez y licitud, para generar el surgimiento de la vida jurídica y por otro lado imposibilitar la nulidad del matrimonio.

En cuanto a la existencia del matrimonio, debe contar con tres elementos: voluntad, objeto lícito y solemnidad.

El primer elemento consta de un acuerdo unilateral entre las dos personas, la voluntad o consentimiento debe ser manifestada expresamente con un "si" pues de no ser así, la voluntad estaría afectada de manera tal que la violencia inducida a coaccionar la libertad de decisión afectaría la existencia del matrimonio. Para poder manifestar libremente la voluntad de contraer matrimonio, debe, la persona ser consiente del objeto del mismo; desde los comienzos de la regulación civilista del matrimonio, existen dos principales consecuencias del acto matrimonial: fundar una familia o comunidad permanente de vida, así como la ayuda que mutuamente deben de prestarse.

Se considera al matrimonio la primera institución regulada por el estado, para su constitución legal debe cumplir con las solemnidades que determina el Código Civil en su Art. 102.

"Son solemnidades esenciales para la validez del matrimonio:

1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;

3. La expresión de libre y espontáneo de los contrayentes;
4. La presencia de los testigos hábiles; y
5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente"

Para que un matrimonio este plenamente constituido debe haber cumplido con estas solemnidades de ley, considero que esta es una parte fundamental a la hora de contraer matrimonio, ya que si uno de los dos cónyuges no las cumplió por falta de voluntad o por no estar en mutuo acuerdo automáticamente pierde la validez el acto.

La validez consiste en la legalidad de los actos jurídicos para sustituir efectos legales en este caso la diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la inexistencia de lo que nunca fue válido. Una de las finalidades secundarias es la procreación, que sería imposible si la capacidad reproductiva se viera limitada debido a la edad, razón por la cual el Código Civil manifiesta que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años para las mujeres y de 16 años para los hombres. La voluntad de los contrayentes debe estar ausente de vicios de la voluntad, los mismos que pueden reducirse a cinco casos: Error en la identidad, dolo, mala fe, violencia o intimidación y lesión.

También el código civil menciona que los impedimentos para contraer matrimonio válido son: La falta de edad, de consentimiento de quien deba ejercerlo, parentesco, el adulterio entre los que pretendan contraer matrimonio, atentado contra la vida de anteriores cónyuges, fuerza o miedo grave, embriaguez habitual, impotencia incurable, idiotismo o imbecilidad, matrimonio subsistente al momento de contraer nuevas nupcias.

Si los contrayentes no acataran estos puntos, el matrimonio sería nulo de origen, por lo tanto correspondía declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar.

Al momento que se contraía matrimonio se hacía el cambio de estado civil, originando una serie de consecuencias jurídicas con respecto al otro cónyuge, a los bienes y a los hijos.

Luego de haber analizado el matrimonio civil desde su concepción puedo manifestar, que para constituirse como tal, y para que llegue a ser la primera institución del estado; tiene que cumplir con ciertos requisitos y elementos de existencia y validez que le den el carácter jurídico que exigen los estados.

Estos elementos tan fundamentales para constituir el matrimonio en la actualidad se hallan vigentes en el Código Civil.

Así lo menciona en su obra el Dr. Juan Larrea Holguín y dice "Concretamente para que exista el matrimonio, debe reunirse tres condiciones: 1. La diferencia de sexo de los contrayentes; 2. el consentimiento de las partes; 3. la solemnidad, o sea la manifestación de consentimiento delante del funcionario correspondiente."

De acuerdo a lo que cita el Dr. Holguín, la existencia del matrimonio se da, así las condiciones que se mencionan anteriormente no se cumplan en su totalidad, ya que luego podemos hablar de nulidad del matrimonio y no de inexistencia del mismo.

También cita la regla más general sobre el elemento de validez, que es el "Art. 9. Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención"

El elemento de licitud, en un matrimonio a más de ser valido debe ser licito, o planamente lícito; no debe contravenir ninguna prohibición, es decir, no debe haber ningún impedimento; debe cumplir con todas las solemnidades legales.

Constitución del matrimonio y su terminación

La constitución del matrimonio, es un acto, el cual lo celebra el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o por la autoridad que esté investida de este poder, en presencia de dos testigos mayores de edad así lo determina el Art. 100 del Código Civil.

El matrimonio al constituirse legalmente pasa a ser la célula fundamental de la sociedad, reconocida por el estado ecuatoriano; así lo determina en la Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 67.

La perspectiva de la Legislación Ecuatoriana frente a lo importante del matrimonio es crear nexos y vínculos jurídicos, desde los más profundos e íntimos hasta los más sencillos y superficiales, entre dos personas naturales de distinto sexos, con el propósito de que establezcan una vida en común y así puedan procrear y siempre ayudarse recíprocamente en todas las circunstancias.

Las finalidades del matrimonio se basan en constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos como resultado de un acto jurídico bilateral celebrado en un determinado momento.

El modelo actual de matrimonio, que se rigen en muchos países; es el vínculo que procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial, o muerte por de uno de los cónyuges, los contrayentes deben estar aptos para casarse, ser mayores de edad, tener

libertad para casarse. Es un impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como tener algún parentesco entre los contrayentes; estos y muchos otros impedimentos coinciden en todos los sistemas matrimoniales civiles y religiosos.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede ser por si o por medio de un representante como consta en el Código Civil Art. 101. Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad, por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable. En julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho de las personas transexuales a casarse según su identidad sexual después de la operación.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro civil, sea la practicada por el juez, en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: el acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una

comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre ellos se dé una especificación de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el marido trabajen fuera del hogar, ambos o uno solo de ellos, los cónyuges deben prestar su concurso económico destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial que rijan entre ellos.

A ambos cónyuges les compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapacitados y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés del hijo.

El matrimonio crea un vínculo de carácter económico entre marido y mujer, que se hace realidad en lo que se denomina sociedad conyugal, la misma que es fuente de derechos y obligaciones.

Dentro del matrimonio la sociedad conyugal le corresponde a cualquiera de los cónyuges la administración de los bienes siempre que se hayan puesto de acuerdo o de la misma forma puede administrar uno de los dos, para que realice actos relativos a tal administración, de acuerdo a lo expresado en el párrafo segundo del Título Quinto de Libro Primero del Código Civil.

4.1. CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO Y SU TERMINACIÓN.

La constitución del matrimonio, es un acto, el cual lo celebra el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o por la autoridad que esté investida de este poder, en presencia de dos testigos mayores de edad así lo determina el Art. 100 del Código Civil.

El matrimonio al constituirse legalmente pasa a ser la célula fundamental de la sociedad, reconocida por el estado ecuatoriano; así lo determina en la Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 67.

La perspectiva de la Legislación Ecuatoriana frente a lo importante del matrimonio es crear nexos y vínculos jurídicos, desde los más profundos e íntimos hasta los más sencillos y superficiales, entre dos personas naturales de distinto sexos, con el propósito de que establezcan una vida en común y así puedan procrear y siempre ayudarse recíprocamente en todas las circunstancias.

Las finalidades del matrimonio se basan en constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos como resultado de un acto jurídico bilateral celebrado en un determinado momento.

El modelo actual de matrimonio, que se rigen en muchos países; es el vínculo que procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial, o muerte por de uno de los cónyuges, los contrayentes deben estar aptos para casarse, ser mayores de edad, tener libertad para casarse. Es un impedimento u obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial anterior vigente, así como tener algún parentesco entre los

contrayentes; estos y muchos otros impedimentos coinciden en todos los sistemas matrimoniales civiles y religiosos.

Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede ser por si o por medio de un representante como consta en el Código Civil Art. 101. Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad, por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable. En julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho de las personas transexuales a casarse según su identidad sexual después de la operación.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro civil, sea la practicada por el juez, en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: el acta o certificación correspondiente.

Los denominados efectos personales del matrimonio se han visto afectados de un modo muy profundo respecto de las situaciones y concepciones jurídicas anteriores, pues hoy los derechos y deberes de los cónyuges son idénticos para ambos y recíprocos, además de resultar una consecuencia directa de la superación de la interpretación formal de la igualdad y la introducción de un concepto sustantivo de la igualdad entre los cónyuges. Destacan entre ellos, aquellos que coadyuvan a la creación, consecución y mantenimiento de una comunidad de vida. Así, los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que ambos fijen de común acuerdo; deben respetarse, ayudarse y

gobernar de forma conjunta su hogar; deben guardarse fidelidad; y en consecuencia y a su vez como paradigma de conducta, deben subordinar sus actuaciones individuales y acomodarlas al interés de la familia.

Sin perjuicio de la posibilidad lógica de que entre ellos se dé una especificación de funciones e incluso una división del trabajo, que varía en función de que la mujer y el marido trabajen fuera del hogar, ambos o uno solo de ellos, los cónyuges deben prestar su concurso económico destinado al levantamiento de las cargas familiares, conforme a un criterio de proporcionalidad para con sus respectivos ingresos y recursos patrimoniales dentro de las reglas específicas del régimen económico matrimonial que rijan entre ellos.

A ambos cónyuges les compete por igual el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o incapacitados y las funciones específicas de alimentarlos, cuidarlos y educarlos conforme a su capacidad y recursos económicos, obrando en todo caso y en primer término en interés del hijo.

El matrimonio crea un vínculo de carácter económico entre marido y mujer, que se hace realidad en lo que se denomina sociedad conyugal, la misma que es fuente de derechos y obligaciones.

Dentro del matrimonio la sociedad conyugal le corresponde a cualquiera de los cónyuges la administración de los bienes siempre que se hayan puesto de acuerdo o de la misma forma puede administrar uno de los dos, para que realice actos relativos a tal administración, de acuerdo a lo expresado en el párrafo segundo del Título Quinto de Libro Primero del Código Civil.

Terminación del matrimonio

Como hemos venido analizando sabemos que el matrimonio es un contrato unilateral firmado y constituido legalmente; en el cual al no cumplir lo que

manda la ley estamos supeditados a la disolución del mismo, ya sea a la disolución por mutuo acuerdo de las partes o a petición de uno de los cónyuges.

La declaración de terminación del vínculo matrimonio y de todo contrato matrimonial, solo puede ser declarado terminado por un juez competente.

Nuestro Código Civil establece en el Art. 105, la terminación del matrimonio.

El matrimonio termina:

- 1) Por la muerte de uno de los cónyuges;
- 2) Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;
- 3) Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,
- 4) Por divorcio.

En el primer caso, ya se trató los presupuestos jurídicos para declarar la nulidad del contrato matrimonial, no siendo oportuno ahondar más sobre este particular.

En el segundo caso, el Art. 68 del Código Civil dispone "El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los tres años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo, concederla, transcurridos que sean diez años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años a la edad del desaparecido, si viviere.

En armonía a la norma citada el Art. 76 inciso segundo, del cuerpo de Ley citado establece que en virtud de la posesión definitiva, se da por terminado el matrimonio, si el desaparecido hubiere sido citado.

Los presupuestos contenidos en las normas antes aludidas, deben ser expresamente invocadas por escrito en una demanda o libelo, por el cónyuge del desaparecido, ante el juez competente, para que éste luego de la probanza procesal, declare en sentencia la posesión definitiva de bienes del desaparecido y declare por lo tanto la terminación del matrimonio si fuere casado.

En el tercer caso cualquiera de los cónyuges que desee dar por terminado el contrato matrimonial, lo puede hacer, siempre y cuando se presente una de las causales expresamente determinadas en el Art. 110 del Código Civil. Entre las más habituales causales constan las de: abandono injustificado del un cónyuge al otro por más de un año, adulterio, injurias graves o actitud hostil del un cónyuge contra el otro, por el hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o en general toxicómano, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, por adolecer uno de los cónyuges enfermedad grave incurable y contagiosa o transmisible a la prole.

Cabe señalar que el divorcio por causales, no se produce por la simple voluntad o alegación de uno de los cónyuges, sino que debe ser la consecuencia jurídica a una grave falta o hecho imputable al otro cónyuge.

En cualquiera de las causas previstas para el divorcio, el cónyuge no necesita la firma o consentimiento del otro para demandar la terminación del matrimonio, pero si está en la obligación de probar suficientemente, dentro del juicio, la verdad de la causal invocada, caso contrario el juez en sentencia desechará la demanda.

Finalmente, nuestra ley sustantiva civil, ha previsto que el matrimonio también se lo pueda dar por terminado, por el acuerdo voluntario o mutuo consentimiento, en cuyo caso, los cónyuges conjuntamente con el patrocinio de un Abogado, deberán por escrito solicitar a un Juez de lo Civil, que declare

terminado el vínculo matrimonial que los une, por ser ese su deseo libre y voluntario.

Presentada la petición escrita y luego de que hayan transcurrido dos meses, a petición de los cónyuges, el Juez les convocará a una audiencia, en la que ratificarán, libre y voluntariamente su resolución definitiva de dar por terminado el vínculo matrimonial.

Cuando el divorcio es por mutuo consentimiento, los cónyuges dentro del proceso, no deben probar nada, no se requiere de ningún tipo de prueba testimonial, documental o material, tan solo se requiere expresar su resolución definitiva de terminar el vínculo matrimonial que los une. Finalmente, el Juez en sentencia acogerá la petición de los cónyuges y declarará terminado el vínculo matrimonial.

Para la terminación del matrimonio también se da el caso de la nulidad como se lo determina en el Código Civil Art. 94 que dice "El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

La nulidad matrimonial civil implica la invalidación del matrimonio por la existencia de un vicio o defecto esencial en su celebración.

El matrimonio que es declarado nulo se considera que nunca ha existido, salvo respecto al cónyuge que lo hubiera contraído de buena fe y respecto a los hijos.

La nulidad matrimonial, regida en nuestro sistema jurídico por el Código Civil con independencia de la forma que adopte el matrimonio, procederá cuando existan defectos o errores coetáneos a la celebración de dicho negocio jurídico y su estimación tendrá como consecuencia la declaración de inexistencia de vínculo matrimonial.

Siendo el matrimonio un contrato solemne, la nulidad puede provenir de: la incapacidad de los contrayentes; del vicio en el consentimiento matrimonial; de la falta de alguna solemnidad esencial. Cualquiera que sea la causa de la nulidad de un matrimonio, debe ser previamente declarada en sentencia ejecutoriada por la autoridad competente puede ser esta nacional o extranjera.

En el párrafo anterior me refiero a la autoridad nacional o extranjera ya que un matrimonio contraído o celebrado en nación extranjera surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si hubiese casado en territorio ecuatoriano.

4.2. EL DIVORCIO.

Al hablar de divorcio empíricamente nos hacemos la idea de ruptura, de separación, de una unión que termina, así podremos ver en las siguientes definiciones:

Por divorcio se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este factor puede darse como simple hecho o mediante acto jurídico, al margen de la ley.

"Según el Dr. Guillermo Cabanellas, la palabra Divorcio proviene "Del latín Divortium, del verbo diverte, separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio, situación esta última en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás el estado marital, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. Por descuido tecnicismo en la materia, recogido incluso por los legisladores civiles, como el español y el argentino, la separación de cuerpos y la de bienes entre los cónyuges, con subsistencia de vínculo matrimonial e imposibilidad de ulteriores nupcias mientras viva el otro consorte. Figuradamente, ruptura de relaciones o de trato, profunda divergencia entre pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones.

De acuerdo a la definición de divorcio puedo manifestar que es la separación de dos personas que firmaron un acuerdo ante la ley por estar junto en determinado tiempo, separación que de la misma forma lo tendrán que hacer mediante las leyes humanas.

Para el Dr. Luís Parraguez, divorcio es "la ruptura del vínculo matrimonial válido producido en la vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial." [11] Cuando una pareja decide unir su vida en matrimonio, está haciendo un pacto para toda la vida, este pacto, aunque la pareja no lo reconozca, es reconocido legalmente por el Estado como el núcleo central de la sociedad.

Llámesese divorcio a la acción o efecto de divorciarse, es decir a 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.

Es decir que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes.

Según el Diccionario Jurídico Omeba divorcio es: "la separación legal de un hombre y su mujer producida por una 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

Estas definiciones puntualizan en que consiste el acto del divorcio, cuando debe darse, o bajo que causales se produce este acto.

Los conceptos antes citados de varios autores coinciden en que el divorcio es la separación y ruptura del matrimonio que se halle constituido legalmente entre un hombre y una mujer.

Esta ruptura del matrimonio se puede dar por una causal legal que se halle citada en la ley , la misma que deberá ser puesta en consideración ante un juez de lo civil quien tiene la facultad para declarar disuelto el vínculo matrimonial, mediante sentencia judicial, en donde también se define todo lo que haya producido ese matrimonio.

La sentencia judicial del divorcio faculta a los cónyuges a contraer nuevo matrimonio luego de un determinado tiempo que establece la ley

En las definiciones analizadas se debe tener en cuenta, cuando hablar de divorcio y no de nulidad del matrimonio en donde no cabe hablar de disolución por falta de elementos que constituyan un acto legal.

El Código Civil ecuatoriano, en su Art. 106 define al divorcio de la siguiente manera:

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

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último cónyuge.

En definitiva, el divorcio es una institución jurídica que permite, conforme a derecho, la terminación o disolución del vínculo matrimonial, lo que trae consigo efectos en el estado civil de las personas, en la situación de los hijos habidos dentro del matrimonio y en el régimen jurídico sobre los bienes dentro de la relación matrimonial.

Esta disolución, a efectos civiles, del matrimonio civil. La mayor parte de las causas de divorcio se deben al cese efectivo de la convivencia conyugal durante cierto tiempo, cese que ha de ser efectivo e ininterrumpido, y cuyo cómputo se iniciara a partir de la sentencia de separación o sin necesidad de que se dicte sentencia. Cualquiera de los cónyuges puede interponer la demanda de divorcio, o ambos de forma conjunta, siempre que concurra alguna de las causas que exige la ley, además de la falta de convivencia y de las que sean causales de separación. La presentación de la demanda puede ser de mutuo acuerdo o de no existir tal acuerdo entre los cónyuges el procedimiento se convierte en contencioso.

Fundamento del divorcio ha sido objeto a lo largo de la historia de enconadas disputas entre partidarios y detractores, que han basado sus argumentos en cuestiones de índole moral, filosófica, religiosa, sociológica o jurídica. De esta última perspectiva, a la cual nos ceñiremos, se ha centrado en la naturaleza de

la institución matrimonial y en concreto, en su condición de contrato civil. Un amplio sector doctrinal afirma que el matrimonio, como todo contrato, no tiene carácter permanente por lo cual puede ser disuelto por el mutuo acuerdo.

Algunos autores han equiparado el matrimonio al contrato de sociedad y defienden la posibilidad de su ruptura por la simple voluntad de cualquiera de las partes. Frente a estos argumentos se han alzado en voces que, aún no negando la naturaleza contractual del matrimonio, defienden la necesidad de dar un tratamiento diferenciado del mismo, dada su condición de núcleo de la institución familiar y unidad básica de convivencia en las sociedades modernas.

Debe gozar, por tanto, de una estabilidad que se vería seriamente comprometida en caso de ser contemplado por el ordenamiento como un contrato más y esta sometido a la provisionalidad inherente a los mismos, lo que traería consigo la posibilidad de ruptura, a voluntad de un cónyuge o ambos, en cualquier momento y sin necesidad de causa alguna.

Esta última postura es acogida por la mayor parte de las legislaciones, que regulan el matrimonio aparte del resto de los contratos y fijan una serie de causas tasadas para la ruptura del vínculo. No obstante, la tendencia a favorecer la permanencia de la institución matrimonial no tiene porque conllevar un posicionamiento en contra del divorcio, que está admitido en la gran mayoría de los sistemas jurídicos de indudable necesidad en el desenvolvimiento de la vida social de nuestra época.

La discrepancia doctrinal anteriormente expuesta encuentra su reflejo en la opción por el divorcio – remedio o el divorcio – derecho; los dos tipos predominantes en los ordenamientos positivos que admiten la institución.

El primero solo es otorgado por la concurrencia de circunstancias legalmente previstas, expresivas de la imposibilidad de continuar la convivencia conyugal,

y es defendido por los partidarios de la naturaleza sui generis de la institución matrimonial, mientras que el segundo implica la total libertad de los cónyuges para romper el vínculo; al igual que sucedió en el momento de su formalización. Es promovido, obviamente, por quienes sostienen la dimensión estrictamente contractual del matrimonio, cuyo evidente correlato es la primacía del principio de autonomía de la voluntad o una decisión unilateral por una causa.

Son múltiples las causas de las cuales hacen depender los distintos ordenamientos la concesión del divorcio; así como las circunstancias y requisitos que deben concurrir para su apreciación.

Tipos de divorcio

En nuestro país es menester indicar que nuestra legislación reconoce jurídicamente dos tipos de divorcios:

1. El divorcio por mutuo consentimiento o consensual; y,
2. El divorcio contencioso.

EL DIVORCIO CONSENSUAL

El mutuo consentimiento consiste en que ambos cónyuges coinciden en poner fin al vínculo matrimonial, y es generalmente reconocido como causa de divorcio, aunque en algunos sistemas se exige, además de su concurrencia, el cese efectivo de la convivencia durante un cierto período de tiempo.

El divorcio consensual, también se lo ha dado en llamar el de mutuo consentimiento de ambos cónyuges, y el mismo que es declarado por un juez civil mediante la resolución de sentencia judicial.

El Art. 106 del Código Civil manifiesta: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresara del siguiente modo: los cónyuges manifestaran por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante un Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

Según García Falconí define al divorcio por mutuo consentimiento y manifiesta: es el divorcio en el cual el hombre y la mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio.

De este modo el divorcio consensual, es el que decide por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y que es declarado por sentencia judicial.

Se dice que esta clase de divorcio, evita escándalos entre los cónyuges y la circunstancia de no establecer al culpable, pero no surte efecto sin aprobación judicial dictada en sentencia por el Juez de lo Civil competente, pues de lo contrario sería nulo.

De acuerdo a la definición que da el Dr. José García Falconí, al divorcio por mutuo consentimiento lo define como la voluntad libre y espontánea de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, es una terminación de forma amistosa sin conflictos, evitando todo tipo de escándalos que repercuten en la estabilidad muchas veces de los hijos.

En este tipo de divorcio, no requiere que se expresen los motivos que llevaron a tal decisión, ni que se expongan causas que generen un término de prueba, pues simplemente la confesión de las partes de dar por terminado el vínculo conyugal que los unía hasta el momento.

En la mayoría de casos cuando se ha llegado al divorcio por mutuo consentimiento, se da por varios acuerdos previos entre las parejas, sin tener que llagar a ningún otro tipo de litigios por los hijos, ni por los bienes que fueron obtenidos dentro del matrimonio.

En síntesis el divorcio consensual en la legislación ecuatoriana puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial.

La propia Ley, establece que una vez aceptada la solicitud o demanda por el Juez de lo Civil, se suspende la acción por el plazo de dos meses, transcurrido este plazo se convocara a audiencia de conciliación para escuchar el deseo de dar por terminada esta unión conyugal, en esta diligencia judicial se conocerá y resolverá lo relacionado a la descendencia familiar (hijos), de no existir el acuerdo referente a este aspecto (pensión, visita, estado de hijos), se abrirá a prueba de seis días, fenecido este término se deberá pronunciar sentencia por parte del Juez, sujetándose a las reglas establecidas en el Art. 107 del Código Civil.

DIVORCIO CONTENCIOSO.

En el caso del divorcio contencioso debo señalar que este se da como hecho característico de una falta de acuerdo entre los cónyuges en el sentido de poner término al matrimonio, de tal manera que encontramos la voluntad de uno en contienda con la del otro que pretende hacer subsistir el vínculo matrimonial.

El divorcio sin acuerdo, es una demanda en que una de las partes se opone a la separación o a las demás causales que puedan invocarse y en que se requiere aportar pruebas de mayor consistencia.

Los juicios por demandas de divorcios contenciosos implican una serie de elementos de prueba para que se compruebe lo que se alega, en la demanda dependiendo de la causal invocada por el demandante y de las pruebas que se puedan aportar en el juicio.

El divorcio controversial

Es el solicitado por uno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, por una o varias de las causales del Art. 110 del Código Civil y este el objetivo del presente trabajo.

Este tipo de divorcio lo puede solicitar cualquiera de los dos cónyuges que se sienta perjudicado en alguna de las causales del Art. 110, en ambos tipos de divorcio dicha voluntad se debe manifestar por escrito, ante el juez de lo civil, para que cualquiera de las causales que se cite en la demanda sean evaluadas por el juez de lo civil, quien tendrá que decidir sobre la posición social de los cónyuges, así como de las demás circunstancias que pueden presentarse.

El Dr. García Falconí hace una clasificación de las causales de divorcio citadas en el Art. 110 por su gravedad, en la primera cita las causas criminológicas, son faltas realmente graves, pero en nuestra legislación no se sanciona al infractor, solo se le llega a castigar cuando ha cometido homicidio en su cónyuge, caso contrario lo que hace nuestra legislación es premiarle para que pueda contraer otro matrimonio así como en todas las otras causales.

La causa debe surgir durante el matrimonio. Uno de los hechos cometidos por los esposos sólo puede ser considerado como causas del divorcio, si estos han surgido durante el matrimonio. Los sucesos ocurridos antes del matrimonio no pueden ser retenidos como causas del divorcio.

La causa debe ser provocada por el cónyuge demandado. La jurisprudencia exige que en toda demanda en divorcio por causa determinada, sea preciso que los hechos en que se basa emanen del cónyuge al cual le son imputados. Ha sido juzgado que el esposo demandante no puede invocar los hechos provocados por él y los cuales son los generadores de las desavenencias, sin violar el principio de que nadie puede prevalecer en justicia de su propia falta.

4.3. LOS HIJOS Y EL DIVORCIO EN EL ECUADOR.

Desde 2006 hasta 2010 se registraron más de 80 mil juicios por régimen de vistas a los padres, el 80% de ellos no se cumple

Dentro del proceso legal de un divorcio se establece la patria potestad de los hijos cuando son menores de 12 años, es decir, que la tenencia será del padre o la madre como lo determine un juez, pero en la ley se establece que será de prioridad para la madre.

El sistema de visitas se establece una vez que los progenitores se pongan de acuerdo sobre el tiempo que dispondrán para ver a los hijos.

"Es un derecho, tanto del padre como de la madre ver al hijo después de una separación, no precisamente tienen que ser reguladas por un juez, porque es un derecho", dice Ricardo Viera, abogado del Consejo Metropolitano de Protección de la Niñez y Adolescencia (COMPINA).

Sin embargo, cuando los padres no se ponen de acuerdo para el régimen de visitas, acuden a un juicio para determinar cómo y cuándo se visitará al menor.

En el Art. 104 del Código de la Niñez y Adolescencia se dice que a falta de acuerdo de los progenitores, la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre.

Según datos proporcionados por la Fundación Papá por Siempre, creada para luchar por los derechos de los padres, el 88 por ciento de las madres se queda con la patria potestad de los hijos y el 60 por ciento de ellos son criados por abuelos, tíos u otro familiar.

"Hay una terrible discriminación a los hombres, actualmente los padres solo tenemos que pagar pensiones alimenticias y nadie hace nada para que nosotros veamos a nuestros hijos. Es un error pensar que la mamá es la única que tiene la potestad de tenerlos", señala Marcel Ramírez, presidente de la Fundación Papá por Siempre.

En su caso, ha tenido que pasar cinco años sin ver a sus dos hijas. A decir de Ramírez, aproximadamente 10 mil padres atraviesan por situaciones similares.

En promedio, los afectados han pasado entre cuatro y cinco años sin ver a sus hijos.

No obstante, para el abogado Fernando Piedmag, especialista en este tema, existe una corresponsabilidad que debe ser asumida.

"En los casos que yo he atendido, los padres se limitan a pagar las pensiones y luego no se han acercado a ver como están sus hijos", afirma el profesional.

"Él dice que quiere estar más tiempo con su hijo, pero siempre se queja de que no tiene plata para la pensión", reclama Lucía.

La actitud de su ex pareja, sostiene, confunde al menor de siete años. "Mi hijo prefiere no salir con su papá. Yo no puedo obligarlo", añade. Actualmente, la base mínima para la pensión está fijada en \$70. Sin embargo, el juez evalúa la situación económica del progenitor antes de definir una cifra. "Muchos padres piden la rebaja de pensión alimenticia.

El conflicto termina en la negación de que los padres vean a sus hijos", señala Piedad Magaña.

Según investigaciones de la organización en entidades como la Fiscalía, Dinapen, entre otras, el 99% de los niños y adolescentes han sido víctimas de agresiones físicas o sexuales cuando se encontraban bajo el cuidado de la madre.

En el 60% de los casos, el responsable es la nueva pareja de la progenitora. "Decenas de padres de hijos maltratados acuden a los juzgados a reclamar la tenencia, pero solo el 10% llega a culminar el proceso. El resto abandona la lucha porque el trámite es engorroso", añade Piedad Magaña.

Según Ramírez, los derechos violentados afectan a la familia paterna. "La madre dice los niños son míos y pide la pensión alimenticia y no se ha investigado en qué se invierte ese dinero", asegura.

El representante de Papá por Siempre advierte que el problema es el sistema judicial. "Los jueces muestran una ignorancia total en el tema de niñez y adolescencia. El hombre paga pensiones alimenticias y la mujer se queda con los hijos. No se analiza nada más", explica Marcel Rodríguez.

La situación los ha impulsado a pedir reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, para que los hijos no sean obligados a vivir sin su papá. Exigen

equidad de género para que la tenencia compartida y la corresponsabilidad paterna sea un derecho de los progenitores.

Dentro de las peticiones de Papá por Siempre a las reformas del Código, es que se cumpla con el Art. 100 que dice, "la corresponsabilidad parental " padre y la madre tiene iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de sus derechos de sus hijas e hijos comunes".

Así, lo que piden los progenitores es que se establezca una cápsula donde se determine el régimen de visitas a sus hijos, sin discriminación, donde no se prohíbe visitarlos en los colegios o en lugares públicos. Además, piden sanciones para los jueces que han tachado a los hombres de ser los "culpables de todos los males relacionados con la familia y niñez".

El pleno de la Asamblea conoció del tema en marzo, cuando se entregó el primer informe para debate. El tema central continúa en establecer medidas que aseguren el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño.

Sin embargo, también se considerará la normativa que establezca los horarios y tiempos de visitas y responsabilidades de los padres.

Adriana Monesterolo, del consorcio de Organizaciones no Gubernamentales, afirma que el cuerpo legal debe enfocarse en los derechos de los niños y adolescentes. "Se debe apoyar la corresponsabilidad paterna, pero es necesario valorar que los padres se preocupen por el vínculo afectivo y para ello se requiere implementar medidas de protección".

Para Marcel Ramírez la oportunidad no puede ser desaprovechada. "Las cosas puedan cambiar. Por primera vez en la historia se va a ver el derecho que

tenemos los padres de ver a nuestros hijos crecer y no solo el dinero", concluye.

Alrededor de 10 mil padres a nivel nacional están unidos en temas de régimen de visitas en Guayaquil, Loja, Manta, Machala, Ibarra, Cuenca y Quito.

En el Ecuador, ocho de cada 10 niños viven el drama de crecer con padres separados, sea esto por el divorcio o por la migración e influye en su desarrollo.

El 99% de los niños, niñas y adolescentes hijos de padres separados o divorciados son víctimas de maltrato psicológico. El 75% de las madres conocían del maltrato.

El 60% de los niños, niñas y adolescentes hijos de padres separados o divorciados son abandonados por la madre y se crían bajo el cuidado de abuelos, o familiares.

De estos solo el 10% reclaman alimentos a los progenitores, pero el 90% de estas madres reclaman alimentos por hijos que no están bajo el cuidado de ellas.

Custodia compartida.

Es que los hijos puedan estar con ambos padres y hacer una relación maravillosa con cada uno. Para ello es necesario que ambos -ex esposos- se pongan de acuerdo en los tiempos de cada uno.

Es imprescindible ser muy respetuosos con el tiempo que los chicos comparten con el padre que no vive con ellos.

Una vida en paz; generalmente el tiempo previo al divorcio es un infierno de malos tratos, peleas, gritos; incluso en parejas más civilizadas que tratan de

mantener las peleas en privado se percibe la indiferencia y frialdad del trato de sus padres. Por ello, otro beneficio del divorcio es que esa etapa se terminó, ahora vivirán menos personas en la casa, pero tranquilos, sin problemas.

Para ello es fundamental que quien tiene la custodia de los hijos debe construir con ellos una relación de diálogo y consenso, en la que para obtener lo que se quiere se haga en base a la negociación y sin perjudicar al otro, generalmente compartiéndolo. Tampoco debe caerse en el “pobrecitos” y darles todo lo que quieren; los límites deben establecerse de manera conjunta, pero una vez establecidos todos debemos respetarlos.

Tiempo exclusivo para los hijos; generalmente cuando la pareja está junta, pocas veces se realizan actividades entre el padre o la madre solo con los hijos, pues nuestro tiempo compartido consiste en ir a dejarlos a la escuela, llevarlos al cine, etc. En cambio ahora es el momento de ir a jugar con ellos, de irse juntos a hacer algún deporte, de conversar tomando helados, etc. Hacer actividades en que se privilegie la relación exclusiva con sus hijos es básico; aproveche y demuestre a sus hijos que puede dedicarles tiempo sólo para ellos y que disfruta haciéndolo.

Entonces el hecho de que los hijos pasen en casa del padre y luego en la de la madre, o al revés, debería afectar positivamente; debe acrecentar su capacidad de adaptación. Lo ideal es que previamente los padres acuerden normas básicas pero si no es posible hacerlo, tocará simplemente explicar a los hijos que en cada lugar las normas de convivencia son distintas y lo importante es disfrutar de ese espacio el tiempo en el que está allá. Estas son varias de las cosas positivas que deberían existir, cada caso es distinto, usted debe hacer su propia lista de cosas que deben ser una oportunidad para los hijos.

Sin duda es una controversia que siempre está presente. ¿Es el divorcio o las discordias entre los padres lo que causa mayor daño a los hijos? Pues bien, aquí está finalmente la respuesta esperada, lo indica Rosalind Sedacca, autora del libro "Cómo hablar a los niños sobre el divorcio".

Sedacca se refiere a un reciente artículo de la terapeuta y consejera familiar Ruth Bettlheim, quien habla extensamente sobre este relevante tema que sorprenderá a muchos porque ella refuta las ideas erradas y comunes sobre el divorcio y enfrenta la realidad de esta preocupación.

Según Bettelhim, "los estudios conducidos en los pasados 20 años han demostrado que dentro de las estadísticas significativas de éxito social, económico, intelectual y psicológico, la mayoría de hijos adultos provenientes de familias divorciadas no son peores que las de sus similares cuyos padres permanecieron casados".

Dice la especialista que los investigadores han encontrado dos explicaciones para esto: "Los niños que tienen que enfrentar la separación y el divorcio de sus padres a menudo crecen siendo muy fuertes, confiables, adaptables e independientes. Y, estos niños se benefician al escapar del medio conflictivo de un matrimonio difícil.

Luego de la separación de sus padres, el conflicto va desapareciendo y los niños se recuperan". Esta información brinda mucho para la reflexión. Los niños en realidad se benefician al salir del medio existente en hogares de alto conflicto y, en cambio, los estudios demuestran que es la familia que mantiene un conflicto permanente lo que causa que los niños experimenten los problemas que, generalmente, se atribuyen a los divorcios: baja autoestima, depresión, alta ansiedad, dificultad de formar relaciones, delincuencia y alejamiento del mundo.

Según la especialista, si se sabe de antemano que la reducción del conflicto es bueno para los niños, lo mejor será durante el divorcio protegerles de ello y minimizar los efectos de la separación. "En realidad no es el divorcio en sí sino la forma en cómo la pareja lo maneja lo que puede hacer daño a los hijos. Por

lo tanto, no hay razón para culpar a los padres divorciados por destruir la vida de sus hijos. No siempre eso es real", dice Bettelheim.

Añade que en realidad la vida no es ni blanca ni negra y, por tanto, tampoco lo son las consecuencias de un divorcio. Esto no quiere decir que se favorezca el divorcio como una solución a las discordias maritales pero sí, en muchos casos, es una solución más sana que vivir juntos dentro de un matrimonio tóxico.

Rosalind Sedacca dice hablar por sí misma pues proviene de un hogar de padres que debían haberse divorciado y no lo hicieron. "Las heridas emocionales que experimenté son básicamente las mismas que experimentan los niños que son hijos de padres que cometen graves errores en un proceso muy difícil de divorcio.

La inseguridad, falta de autoestima, ansiedad, depresión, tristeza, culpa y vergüenza que llevé a costas durante mi infancia fueron las consecuencias de unos padres que se vieron envueltos en su propio drama emocional y que poco o nada se daban cuenta de lo que eso causaba y creaba en sus hijos", señala.

Divorciados o no, cuando tomamos decisiones que no tienen en cuenta la frágil psicología de nuestros hijos, el resultado es doloroso para ellos. Bettelheim por su parte da una opinión contundente en relación a la mediación en el divorcio, como un recurso para mantener a los padres alejados de tomar posiciones destructivas y decisiones vengativas sobre la custodia y la manutención de los hijos.

Ella tiene toda la razón pues, como bien lo dice, en una batalla de adversarios sobre la custodia de los hijos nadie sale ganando pero los mayores perdedores son justamente esos hijos. Un manejo adecuado de esa separación puede

promover ese algo especial que los niños necesitan prioritariamente: la paz entre sus padres.

Lo cierto es que todos los niños necesitan y merecen que haya paz entre sus padres y que el enfoque sea menor en los juicios de valor, la señalación cuando se cree que el otro o la otra está equivocado y sea mayor en la educación de todos los progenitores en temas de manejo de la armonía y una educación parental efectiva para beneficio de todos.

4.4. DECISIÓN DE LOS HIJOS DENTRO DEL DIVORCIO.

En el Ecuador el 80% de la población infantil y adolescente sufre el gran mal de vivir con padres separados, sea esto por el divorcio o por la migración. Lo grave de todo esto es que el 70% de las parejas se divorcian convirtiéndose esta cifra en el más alto porcentaje de América Latina.

En Ecuador son miles los niños que crecen sin la presencia del padre, Considerándose el único culpable de todos los males en la ruptura familiar, se ha vendido la idea de que el Padre por ser hombre no está en capacidad de amar y cuidar a sus hijos, Como resultado, miles de niños crecen lejos de su padre, en una situación de orfandad artificial.

El Padre debe de seguir siendo Padre, después del divorcio o la separación, y no debe de convertirse, como lo es en la actualidad, en el visitante esporádico de sus hijos, que solo los puede ver los días y horas que autoriza un juez.

Los hijos de Padres separados tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su Padre.

No hay pensamiento más machista que el de que la madre se queda con los niños por que solo ella los puede cuidar y el padre solo es el proveedor del dinero

¿Por que se castiga al niño alejándolo de su padre cuando estos se divorcian?

Los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, junto con sus Departamentos Técnicos, en la actualidad son los principales promotores del MACHISMO y la IRRESPONSABILIDAD PARENTAL obligando simplemente al padre a pagar una mensualidad que en muchos de los casos no alcanza ni a cubrir la décima parte de las necesidades de los hijos y no promueven el contacto permanente y regular con su hijo vinculando al padre en la responsabilidad de la crianza y desarrollo integral del mismo.

Es una barbarie lo que sucede en Ecuador en donde existen Padres, que tienen que suplicarle a un Juez de la Niñez para que permita ver a los hijos unas cuantas horas a la semana, cuando un altísimo porcentaje de madres exigen en las afueras de sus despachos que les obliguen a padres a cumplir sus responsabilidades.

La sociedad debe de tomar conciencia de la violación sistemática de los derechos que tiene el niño producto de la IRRESPONSABILIDAD MATERNAL Y PATERNAL, luego del divorcio o la separación de los padres.

La firme intención, es la de defender el derecho que tienen los hijos a crecer junto a sus padres y de promover la paternidad y maternidad responsable.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - ONU

Artículo 9. Literal 2 Separación de los padres.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

Artículo 45.

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

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre, y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación, a la seguridad social; a tener una familia y **DISFRUTAR DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR** y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; **a ser consultados en los asuntos que les afecten**; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y **A RECIBIR INFORMACION DE SUS FAMILIARES AUSENTES**, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Artículo 69

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

1.- SE PROMOVERA LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD RESPONSABLE; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, EN PARTICULAR CUANDO SE ENCUENTREN SEPARADOS DE ELLOS POR CUALQUIER MOTIVO.

3.- El estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y PRESTARA ESPECIAL ATENCION 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, hijos e hijas.

Art. 83. Numeral 16.-

Son deberes de los ecuatorianos y ecuatorianas, el asistir, alimentar, educar, y cuidar de sus hijos e hijas. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. 9.- Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Art. 10.- Deber del Estado frente a la familia.- El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Art. 12.- Prioridad absoluta.- En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

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

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

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

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

Art. 21.- 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.

DE LA PATRIA POTESTAD

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el

Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que esté en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral.

3- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

4.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

Art. 112.- Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;

2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija, comprobadas y,
6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

DEL DERECHO A VISITAS

Art. 122.- 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, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Art. 123.- 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 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.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- El Divorcio, sea por acuerdo de las partes o controversial, pretende la disolución del vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, a esto se suma que el Estado a través de quienes administran justicia, antes de dictar la respectiva sentencia, deben tener muy en cuenta la situación de los hijos habidos dentro del matrimonio, es decir en la situación que ellos van a quedar, ya sea en cuanto a su tenencia, régimen de visitas por parte del padre o la madre a quien el juez no le concedió dicha tenencia; y, su situación económica misma que será satisfecha por el padre o madre que no gozara de su convivencia diaria.

- Es importante mencionar que la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, consagran ciertas disposiciones legales donde se le atribuyen a los niños, niñas y adolescentes el derecho a que puedan ser consultados y decidir sobre su permanencia ya sea esta con su padre o madre, es decir que aquel grupo de personas en situaciones de divorcio de sus padres podrán decidir si se van con cualquiera de los progenitores y ya no se estaría única y exclusivamente en espera de la decisión del juez, lo que ha hecho que el Código Civil amerite reformas urgentes donde se introduzcan ciertas disposiciones legales que por su jerarquía están sobre esta ley ordinaria.

RECOMENDACIONES

- Los jueces tienen que actuar en estricto apego a la ley, respetando el ordenamiento jurídico establecido en la Constitución de la República, lo que implica adquirir un compromiso legal, ético y moral con los intereses de uno de los grupos más vulnerables protegidos por la norma suprema del estado. Con el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la administración de justicia sería más efectiva en cuanto al cuidado de los hijos habidos dentro del matrimonio y que hoy sus progenitores están en proceso de divorcio.
- El ser escuchado los niños, niñas y adolescentes por autoridades administrativas o judiciales, como lo ordenan ciertos cuerpos tanto constitucional como legal, obligan necesariamente a que se proceda hacer una reforma legal al Código Civil, en cuanto a la decisión del juez sobre el cuidado de los hijos, ya que la regla 1ª) del Art. 108 del Código Civil, al disponer que a la madre divorciada o separada del marido le toca el cuidado de los hijos impúberes (**el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años**), sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad; esta disposición es contradictoria a lo que establecen los Arts. 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y Art. 45, inciso segundo de la Constitución de la República.
- El procedimiento a través del cual el juez establezca la tenencia de los hijos dentro de los trámites de divorcio, no puede ser exigido por los litigantes, sino que debe ser una garantía y derecho concedido por los administradores de justicia.

- Toda respuesta de la administración de justicia en la que niegue derechos prescritos debe ser objeto de una revisión, por lo que la legislación respectiva establece los mecanismos adecuados y las instancias competentes para tal efecto.

HIPÓTESIS.

La inobservancia de disposiciones legales y constitucionales por parte de los administradores de justicia en cuanto a la edad de los impúberes según lo establece así el Código Civil en la ciudad de Guaranda, ya que ha pesar de tener estricta aplicación por su jerarquía legal el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y mas aun la Constitución de la Republica sobre el Código Civil se irrespeta nuestro ordenamiento jurídico.

VARIABLES.

VARIABLE INDEPENDIENTE

La decisión de los impúberes a determinar al progenitor sobre quien se establezca su cuidado.

VARIABLE DEPENDIENTE.

El incumplimiento de normas legales por parte de los administradores de justicia en la ciudad de Guaranda.

MARCO METODOLÓGICO

TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación por los objetivos:

Pura Básica o Fundamental.- porque estoy adquiriendo nuevos conocimientos a través del proceso de investigación que estoy realizando, particularmente en el campo que hace referencia el tema de investigación.

Descriptiva.- porque he realizado una descripción sobre el tema de investigación, indicando los factores de orden jurídico y legal en el cual se sustentan las definiciones y conceptos que sustentan la parte teórica de la investigación.

Analítica.- encaminada a resolver problemas prácticos, y el problema que estoy investigando esta dentro de este contexto.

POBLACIÓN.

La población de la investigación correspondió a: 30 abogados en libre ejercicio y tres Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Bolívar, con experiencia en el área de estudio.

Universo de la Investigación

Está constituido por cuotas distribuidas al azar de la siguiente forma:

Abogados en libre ejercicio	30
TOTAL	30

MUESTRA

Para efectos de la recolección de la información se tomó en cuenta la población de Abogados en libre ejercicio profesional, que en su totalidad suman 103 abogados (datos tomados del Foro de Abogados de Bolívar), y se extrajo la muestra a través de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

Donde

n = Muestra

N = Universo

E = Error máximo admisible.

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

$$n = \frac{103}{(0.05)^2 (103 - 1) + 1}$$

$$n = \frac{N}{(0.025)^2 (102) + 1}$$

$$n = \frac{103}{2.55 + 1}$$

103

n =

3.55

n = 29.01

TÉCNICA DE ANÁLISIS DE DATOS

Una vez aplicadas las encuestas se procedió a tabular los resultados a través de la Estadística Descriptiva, se utilizaron cuadros en donde se anotó los indicadores, frecuencia y tanto por ciento. Se utilizaron pasteles para graficar los resultados y conjuntamente se exponen criterios en el análisis e interpretación de resultados.

MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Los métodos, técnicas e instrumentos de investigación son los caminos que permiten, realizar las diferentes diligencias para hallar, indagar y descubrir la verdad del problema que afecta a nuestra sociedad empezando desde su raíz misma con la ayuda jurídica del caso y utilizare los siguientes métodos:

MÉTODO INDUCTIVO

De acuerdo a una definición de Aristóteles, se ha entendido a la inducción como un razonamiento que permite pasar de lo particular a lo general, y constituyen aspectos que necesariamente tiene que ser analizados con ideas claras es un proceso complejo que analiza diferentes aspectos sociales de tipo personal para establecer situaciones generales, mediante la observación, la

experimentación y la comprobación, para llegar a concluir categorías generales de tipo jurídico.²

MÉTODO DEDUCTIVO

La deducción consiste en partir de un principio general ya conocido para inferir de él consecuencias particulares, de ahí que este modo de razonar sea considerado opuesto al inductivo, por el cual, de conocimientos particulares se remonta a las leyes. Ya que se parte de situaciones generales, para llegar a deducir situaciones particulares.³

MÉTODOS PARTICULARES

MÉTODO ANALÍTICO

Este método se esfuerza por penetrar en el objeto, opuesto a toda contemplación pasiva, no respeta a ese objeto. El análisis penetra en el objeto desde fuera y los rompe, sea realmente, sea idealmente. El análisis se funda, así, sobre la acción práctica y la prolonga. Se lo utiliza para desintegrar un hecho que se investiga, en sus diferentes partes que se forman en un todo. En este caso permitirá la observación del problema, la descripción y luego la crítica siempre constructiva para una sociedad más justa en el campo del derecho.

MÉTODO SINTÉTICO

Este método se define en general, como una operación real ideal por medio de la cual se rehace, en sentido inverso, el camino recorrido por el análisis. La síntesis reconstruye el todo, asegurándose así de no omitir nada. Procura completar los propósitos del método analítico, mediante la reconstrucción de hecho o elementos que contienen una investigación determinada.

MÉTODO HISTÓRICO

² Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 140-172

³ Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 140-172

El método Histórico constituye la aplicación del método dialéctico y sus leyes al estudio del origen y desarrollo de la sociedad. Con este fin formula leyes y categorías generales para explicar el desarrollo histórico de la sociedad. En otros términos no es sino, la aplicación del materialismo dialéctico en el inmenso campo de la historia, considerando la evolución del hombre y la sociedad, en sus diferentes ecosistemas humanos.⁴

MÉTODO EXEGÉTICO

En lo jurídico, el que utiliza como procedimiento de exposición, enseñanza, construcción científica o aplicación práctica el estudio de los textos positivos, cuya interpretación y sistematización procura.⁵

MÉTODO EMPÍRICO

Este método es concreto, considerado que la verdad está en los hechos, por lo que sus consecuencias son recogidas para analizarlas y procesarlas en las leyes que rigen un Estado.

TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

TÉCNICA DE GABINETE

Esta investigación a través de la técnica de gabinete, recogerá de las fuentes de información, como libros, folletos, revistas, periódicos, bibliografías, estadísticas etc. Una serie de datos a través de los instrumentos como ficha bibliografías, mnemotécnicas, hemerográficas, que constituirán la base y el pilar fundamental del tema en un proceso de investigación científica.

⁴ Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 256

⁵ Cabanellas De las Cuevas Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental Pp. 255

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS.- Estas fichas permite conocer la personalidad del autor, el modo de trabajar que tiene, la profundidad de los conocimientos acerca de su materia, etc., esto permite dar la valoración a sus escritos.

FICHAS NEMOTÉCNICAS.-Las fichas o tarjetas nemotécnicas se llaman también ayuda memoria o ficha de trabajo. Contiene transcripciones textuales, resúmenes, comentarios, análisis, síntesis, críticas y conclusiones. La ficha nemotécnica es el principal auxiliar del trabajo intelectual, en ella se escribe todo cuanto uno se puede retener, todo cuanto se lee, se piensa o se escucha.

FICHAS HEMEROGRAFICAS.- Es la ficha o tarjeta que describe las particularidades externas e internas de periódicos o revistas.⁶

TÉCNICAS DE CAMPO

Es importante recordar que la información en los aspectos sociales, obteniendo en el mismo lugar de los hechos, considerando en este proceso la aplicación de los siguientes instrumentos: Encuesta, entrevista y observación directa.

LA ENCUESTA.- Esta técnica permite recuperar la información en los aspectos sociales, obteniendo un criterio real de la magnitud que contiene el problema y a su vez permite poner soluciones mediante cuestionarios de preguntas referentes al tema.

LA ENTREVISTA.- Es la practica investigativa que se la realiza a personas conocedoras del problema, quienes responden a preguntas muy concretas que son planteadas en grabadoras o en cámaras de cine.

LA OBSERVACIÓN DIRECTA.- Es el escenario objetivo de los hechos, cuya práctica permite aceptar o cambiar una determinada investigación.

⁶Métodos y Técnicas de Investigación de ABRAHAM GUTIÉRREZ pp. 256

1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.

En este ítem me corresponde dar a conocer los resultados obtenidos mediante la aplicación de la encuesta, instrumento que fue aplicado a treinta abogados en libre ejercicio profesional y que fue diseñado en base al problema, los objetivos y la hipótesis constantes en el proyecto de investigación.

Primera pregunta

Dada su experiencia, ¿considera usted, que la administración de justicia enfrenta dificultades para resolver la situación de los hijos dentro de los juicios de divorcio?

SI ()

NO ()

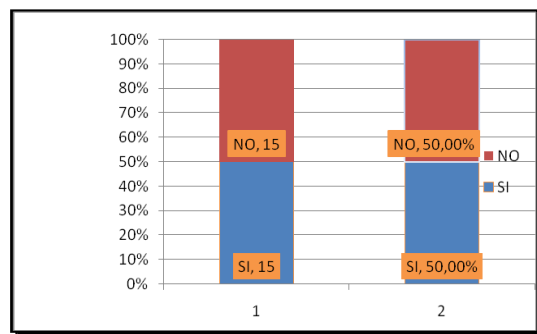
CUADRO 1

Variable	F	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

GRAFICO 1



Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a quince abogados, contestan que la administración de justicia enfrenta dificultades para resolver la situación de los hijos dentro de los juicios de divorcio, mientras que el otro cincuenta por ciento contesta que no porque esta especificado claramente en el Código Civil.

Estoy de acuerdo con quienes contestaron que existen dificultades jurídicas en lo relacionado a la situación de los hijos dentro de los juicios de divorcio, ya que no se aplica correctamente la ley.

Segunda pregunta

¿Cree usted, que el Código Civil mantiene disposiciones ambiguas que impiden y obstaculizan la correcta administración de justicia en cuanto se refiere a la tenencia de los hijos dentro de los juicios de divorcio?

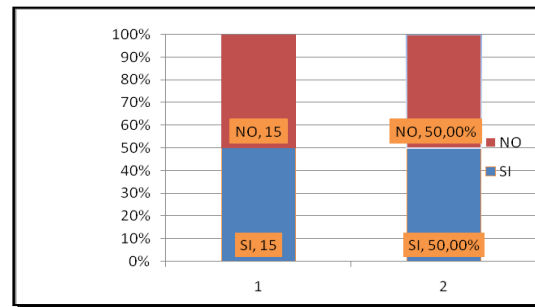
SI ()

NO ()

CUADRO 2

Variable	f	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 2



Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a quince abogados, contestan que el Código Civil, mantiene disposiciones ambiguas que impiden y obstaculizan la correcta administración de justicia en cuanto se refiere a la tenencia de los hijos dentro del juicio de divorcio, mientras que el otro cincuenta por ciento contesta que no.

Estoy de acuerdo con los profesionales del derecho, que afirman que la normativa prevista en el Código Civil, sobre la decisión de juez en cuanto a la tenencia de los hijos dentro del trámite de divorcio, es ambigua, por cuanto los preceptos constitucionales y legales son violentados.

Tercera pregunta

¿Está usted de acuerdo, que se introduzca en el Código Civil, normas esenciales para evitar la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a ser consultados y decidir sobre sus derechos?

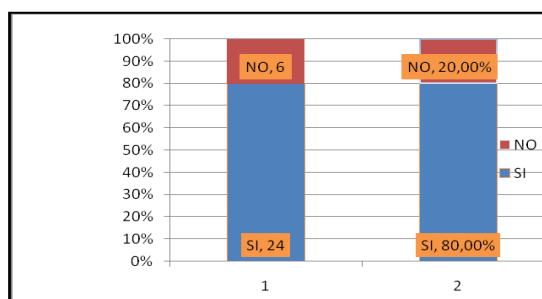
SI ()

NO ()

CUADRO 3

Variable	F	%
SI	24	80,00%
NO	6	20,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 3



Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El ochenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiséis abogados, contestan que están de acuerdo, que se introduzca en el Código Civil, una norma legal y obligatoria que obligue al juez a que los niños, niñas y adolescentes sean consultados y decidir estos sobre sus derechos, mientras que el otro veinte por ciento contesta que no.

Comparto con el criterio emitido por la mayoría de los encuestados, por cuanto, en el juicio de divorcio, los hijos habidos dentro del mismo deben ser consultados sobre con quien de sus progenitores desean vivir y sean estos quienes puedan decidir sobre sus derechos; y de esta manera se respete sus derechos establecidos en el Código Orgánico de la Niñez y adolescencia y en la Constitución de la Republica.

Cuarta pregunta

¿Está usted de acuerdo que sea el juez quien decida sobre la permanencia de los hijos con uno de sus progenitores dentro del juicio de divorcio, sin que estos sean previamente consultados?

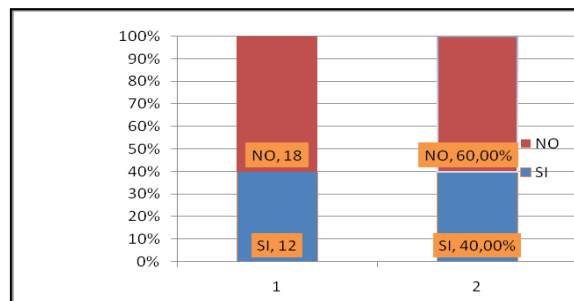
SI ()

NO ()

CUADRO 4

Variable	F	%
SI	12	40,00%
NO	18	60,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 4



Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados, contestan que no están de acuerdo que sea el juez quien decida sobre la permanencia de los hijos con uno de sus progenitores dentro del juicio de divorcio, sin que estos sean previamente consultados en vista de que se violentan principios y derechos constitucionales y los tratados internacionales de Derechos Humanos; mientras que el otro cuarenta por ciento contestan que sí.

Comparto con el criterio emitido por la mayoría de los profesionales del derecho, en razón, que los niños, niñas y adolescentes deben ser consultados obligatoriamente sobre la tenencia de los hijos dentro del juicio de divorcio siempre y cuando se hallen en capacidad para hacerlo.

Quinta pregunta

¿Está usted de acuerdo, que el juez que decide sobre el divorcio y por ende la tenencia de los hijos, no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria?

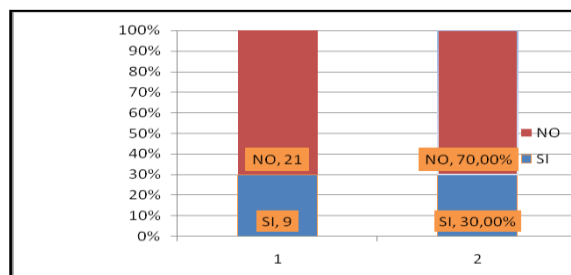
SI ()

NO ()

CUADRO 5

Variable	F	%
SI	9	30,00%
NO	21	70,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 5



Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El setenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiún abogados contestan que no están de acuerdo que el juez que decide sobre el divorcio y por ende la tenencia de los hijos, no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria, mientras que el otro treinta por ciento contestan que sí.

Estoy de acuerdo, que el juez que decide sobre el divorcio y por ende la tenencia de los hijos, no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria, por cuanto éste vulnera el debido proceso consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y la Declaración Universal de derechos Humanos.

Sexta pregunta

¿Considera usted que el legalismo basado únicamente en el Código Civil por parte del juez en los trámites de divorcio en cuanto a la tenencia y cuidado de los hijos vulnera el interés superior del niño y por ende derechos Constitucionales?

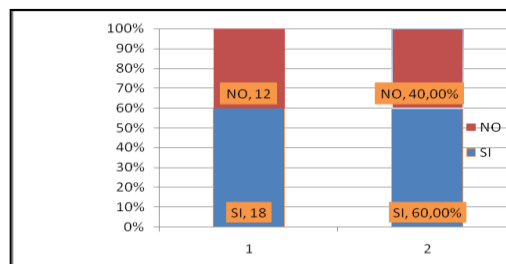
SI ()

NO ()

CUADRO 6

Variable	f	%
SI	18	60,00%
NO	12	40,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 6



Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados, contestan que el legalismo basado únicamente en el Código Civil por parte del juez en los trámites de divorcio en cuanto a la tenencia y cuidado de los hijos vulnera el interés superior del niño y por ende derechos Constitucionales, mientras que el otro cuarenta por ciento contestan que no.

Comparto con el criterio de la mayoría de los encuestados, por cuanto en materia de derechos y garantías constitucionales, debe aplicarse las normas constitucionales mismas que son de inmediata aplicación.

Séptima pregunta

¿Cree usted, que las disposiciones previstas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia deben ser aplicadas en torno a la tenencia y cuidado de los hijos dentro del juicio de divorcio por parte del juez de lo civil?

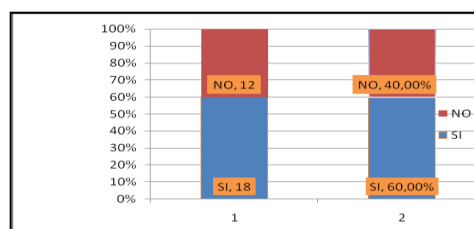
SI ()

NO ()

CUADRO 7

Variable	f	%
SI	18	60,00%
NO	12	40,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 7



Fuente: Encuesta aplicada (2013-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados, contestan que las disposiciones previstas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia si deben ser aplicadas por ser una ley de mayor jerarquía que el Código Civil.

Estoy de acuerdo con la contestación dada por la mayoría de los encuestados, porque los jueces deben aplicar todo nuestro ordenamiento legal, según el caso y tomar en consideración el orden jerárquico de la ley.

Octava pregunta

¿Considera usted que los hijos deben decidir con quien de los padres pueden quedarse, dentro del juicio de divorcio?

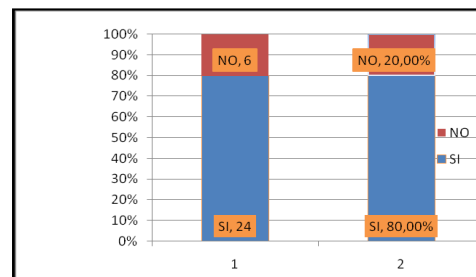
SI ()

NO ()

CUADRO 8

Variable	F	%
SI	24	80,00%
NO	6	20,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 8



Fuente: Encuesta aplicada (201-10-17)

Autor: Sr. Milton Javier Escobar Yunda.

Análisis e interpretación:

El ochenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veinticuatro abogados, contestan que si; es decir que los hijos deciden con quien de sus padres quieren permanecer, siempre y cuando estén en una edad para poder hacerlo.

Estoy de acuerdo con lo manifestado por la mayoría de los encuestados, en virtud, que de esta manera no se violentarían derechos constitucionales y se establecería una forma legal, donde los niños, niñas y adolescentes sean sus propios artífices.

VERIFICACION DE LA IDEA A DEFENDER

Con la Reforma a la regla 1ª) del Art. 108 del Código Civil, en la que dispone: A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad.

Una vez realizada esta investigación se puede observar que en la actualidad existe una gran preocupación por las caducas disposiciones legales contempladas en el Código Civil.

La presente investigación tiene por objeto asegurar el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad dentro del divorcio de los cónyuges o separación de estos, en cuanto que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, opinión esta que se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez, cuidado que puede estar a cargo de cualquiera de los progenitores si los impúberes consienten en ello, procurando de esta manera que se cumpla con todas y cada una de las disposiciones establecidas tan el Código Civil, Código Orgánico de la Niñez y adolescencia y en la Constitución de la Republica.

La inobservancia de disposiciones legales y constitucionales por parte de los administradores de justicia en cuanto a la edad de los impúberes según lo establece así el Código Civil en la ciudad de Guaranda, ya que ha pesar de tener estricta aplicación por su jerarquía legal el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y mas aun la Constitución de la Republica sobre el Código Civil se irrespeta nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO VI

MARCO PROPOSITIVO

6.1 TITULO

“CON LA REFORMA A LA REGLA 1ª) DEL ART. 108 DEL CÓDIGO CIVIL, EN LA QUE DISPONE: A LA MADRE DIVORCIADA O SEPARADA DEL MARIDO TOCA EL CUIDADO DE LOS HIJOS IMPÚBERES, SIN DISTINCIÓN DE SEXO, Y DE LAS HIJAS EN TODA EDAD”, SE EVITARA LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA Y EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

6.2 DESARROLLO DE LA PROPUESTA

PROPUESTA DE LA REFORMA

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, es necesario regular de mejor manera la normatividad jurídica de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, garantizando la correcta aplicación de la ley con relación a la violación de las normas establecidas en la Constitución de la Republica y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Que, nuestro país actualmente se encuentra inmerso en un proceso de cambio y desarrollo, que requiere de la expedición de normas legales que permitan el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Que, se presenta como imperante la necesidad de incorporar al Código Civil, reglas actualizadas y precisas para evitar el manoseo del efecto jurídico y la vulneración de derechos;

Que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten como lo establece la ley.

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

Que la comisión de lo Civil, ha emitido informe favorable respecto a la reforma del Código Civil en lo relacionado a que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten.

En uso de la facultad establecida en el numeral 6to del Art. 120 de la Constitución del Ecuador.

EXPIDE:

LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA AL CODIGO CIVIL, TITULO III PARAGRAFO 2do. LIBRO I, LUEGO DEL ART. 108, Sustitúyase la regla 1ª.

Por la siguiente:

“A la madre o padre divorciados o separados les toca el cuidado de sus hijos, previa consulta de los involucrados, que estén en condiciones de expresarla, caso contrario dicha responsabilidad le corresponderá a la madre”

Art. Final. La presente Ley, entrara en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en San Francisco de Quito, hoy día.....

F) Dra. GABRIELA RIVADENEIRA

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

6.3 VALIDACION DE LA PROPUESTA

El presente trabajo puede ser valorado por los tratantes y profesionales del derecho en materia civil, ya que se ha realizado estrictamente apegado a la Constitución y demás leyes, decretos y reglamentos referentes a esta materia, no está por demás resaltar que hasta la presente fecha se ha mal utilizado la disposición legal contenida en la regla 1ª) del Art. 108 del Código Civil, por los administradores de justicia y la falta de una norma legal clara y bien definida.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Decima quinta Edición.- Argentina 2001
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Derecho de Familia.- Tomo 68.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1990
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Filiación fuera del Matrimonio.- Tomo 75.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1991.
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Impedimentos Impedientes.- Tomo 70.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1990.
- COELLO GARCIA, Enrique.- Derecho Civil - Sujeto del Derecho.- Tomo 4.- Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Cuenca-Ecuador 1988.
- CORNEJO MANRIQUEZ, Aníbal.- Derecho Civil en Preguntas y respuestas.- Tomo I.- Doceava edición.-Editorial Jurídica Congreso.- Chile 2007.
- LARREA HOLGUÍN, Juan.- Manual del Derecho Civil.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito 1.983 Pág. 415-
- VELASCO CELLERI, Emilio.- Sistema de Práctica Procesal Civil.- Tomo 1.- Editorial PUDELECO.- Primera Edición.- Ecuador 1991.

- VELASCO CELLERI, Emilio.- Sistema de Práctica Procesal Civil.- Tomo 2.- Editorial PUDELECO.- Primera Edición.- Ecuador 1991.
- SÁNCHEZ ZURATY, Manuel.- Todos los Juicios.- Tomo I.- 1ra. Edición.- Editorial Jurídica del Ecuador.- Quito 2004.
- BARROS ERRAZURI, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Pág. 311
- 12 BORDA A. Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Pág. 343.

LEGISGRAFIA

- ✓ Constitución de la Republica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones año 2012.
- ✓ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia año 2010.
- ✓ Código Civil, Publicaciones año 2005.

ANEXOS

ANEXO 1

ENCUESTA APLICADA A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO, RESIDENTES DENTRO DEL CANTON GUARANDA, PROVINCIA BOLIVAR.

ÁREA: Derecho Constitucional y Civil.

OBJETIVO: La presente investigación tiene por objeto asegurar el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad dentro del divorcio de los cónyuges o separación de estos, en cuanto que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, opinión esta que se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez, cuidado que puede estar a cargo de cualquiera de los progenitores si los impúberes consienten en ello, procurando de esta manera que se cumpla con todas y cada una de las disposiciones establecidas tan el Código Civil, Código Orgánico de la Niñez y adolescencia y en la Constitución de la Republica.

INSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

Primera pregunta

Dada su experiencia, ¿considera usted, que la administración de justicia enfrenta dificultades para resolver la situación de los hijos dentro de los juicios de divorcio?

SI ()

NO ()

Segunda pregunta

¿Cree usted, que el Código Civil mantiene disposiciones ambiguas que impiden y obstaculizan la correcta administración de justicia en cuanto se refiere a la tenencia de los hijos dentro de los juicios de divorcio?

SI ()

NO ()

Tercera pregunta

¿Está usted de acuerdo, que se introduzca en el Código Civil, normas esenciales para evitar la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a ser consultados y decidir sobre sus derechos?

SI ()

NO ()

Cuarta pregunta

¿Está usted de acuerdo que sea el juez quien decida sobre la permanencia de los hijos con uno de sus progenitores dentro del juicio de divorcio, sin que estos sean previamente consultados?

SI ()

NO ()

Quinta pregunta

¿Está usted de acuerdo, que el juez que decide sobre el divorcio y por ende la tenencia de los hijos, no aplique estricta y obligatoriamente la norma Constitucional y legal orgánica antes que la ley ordinaria?

SI ()

NO ()

Sexta pregunta

¿Considera usted que el legalismo basado únicamente en el Código Civil por parte del juez en los trámites de divorcio en cuanto a la tenencia y cuidado de los hijos vulnera el interés superior del niño y por ende derechos Constitucionales?

SI ()

NO ()

Séptima pregunta

¿Cree usted, que las disposiciones previstas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia deben ser aplicadas en torno a la tenencia y cuidado de los hijos dentro del juicio de divorcio por parte del juez de lo civil?

SI ()

NO ()

Octava pregunta

¿Considera usted que los hijos deben decidir con quien de los padres pueden quedarse, dentro del juicio de divorcio?

SI ()

NO ()