



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR

TEMA:

“LA DISCRIMINACIÓN AL PROGENITOR A TRAVÉS DE LAS
REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA PARA CONFIAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS”

AUTOR:

FABIÁN ANDRÉS RECALDE VERDEZOTO

DOCENTE – TUTOR

AB. ENRIQUE GARCÍA ALARCÓN

GUARANDA – ECUADOR

2020 - 2021

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

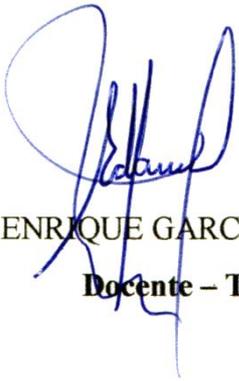
AB. ENRIQUE GARCIA ALARCÓN, en calidad de tutor y docente de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, a petición de parte interesada:

CERTIFICO:

Que, el señor Fabián Andrés Recalde Verdezoto, egresado de la Escuela de Derecho, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Bolívar, ha realizado el trabajo de titulación con el tema: LA DISCRIMINACION AL PROGENITOR A TRAVES DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA PARA CONFIAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS, siendo revisado y una vez que ha sido corregido por el estudiante, se autoriza su presentación para los trámites pertinentes.

Es todo cuanto puede certificar en honor a la verdad.

Guaranda, 25 de febrero de 2021


AB. ENRIQUE GARCÍA ALARCÓN.
Docente – Tutor

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Fabián Andrés Recalde Verdezoto, egresado de la Escuela de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, para los fines de ley,

DECLARO:

Que, el proyecto de investigación con el tema: LA DISCRIMINACION AL PROGENITOR A TRAVES DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA PARA CONFAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS, es de mi propia autoría y creación, desarrollado con la ayuda de mi docente – tutor. Se deja a salvo las ideas de terceros que fueron debidamente citados en este trabajo.

Guaranda, 25 de febrero de 2021.

FABIÁN ANDRÉS RECALDE VERDEZOTO

Autor



20210205002P00704

DECLARACION JURAMENTADA

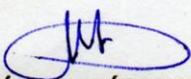
QUE OTORGA:

FABIÁN ANDRÉS RECALDE VERDEZOTO

CUANTIA: INDETERMINADA

DI: (2) COPIAS

En San Miguel de Bolívar, en la República del Ecuador, hoy día lunes tres de mayo del año dos mil veintiuno. Ante mí **DOCTOR TELMO ELÍAS YÁÑEZ OLALLA, NOTARIO SEGUNDO DE ESTE CANTÓN**, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento, el señor **FABIÁN ANDRÉS RECALDE VERDEZOTO**, de estado civil soltero, de veintisiete años de edad, de ocupación estudiante. El compareciente declara ser de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, domiciliado en la parroquia matriz del cantón Montalvo, provincia Los Ríos, encontrándose de tránsito por esta ciudad, legalmente capaz para contratar y obligarse, a quien de conocerlo doy fe, en virtud de haberme presentado sus respectivos documentos de identidad. Advertido el compareciente por mí el Notario de los efectos y resultados de esta escritura así como examinado que fue de que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, juramentada en debida forma, prevenida de la gravedad del juramento, de las penas del perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, me pide que eleve a escritura pública la declaración juramentada contenida en los siguientes términos: Previo a la obtención del Título de "ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR", que los criterios, ideas y propuestas emitidas en el presente Proyecto de Intervención Educativa titulado "LA DISCRIMINACIÓN AL PROGENITOR A TRAVÉS DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA PARA CONFIAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS", son de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor. Declaración que la realizo para los fines legales pertinentes.- **HASTA AQUI** la declaración juramentada, que el compareciente acepta en todas y cada una de sus partes. Para la celebración de la presente escritura se observaron los preceptos y requisitos previstos en la Ley Notarial; y, leída que le fue al compareciente por mí el Notario, se ratifica y firma conmigo en unidad de acto quedando incorporado en el protocolo de esta Notaría, de todo cuanto doy fe.-


FABIÁN ANDRÉS RECALDE VERDEZOTO
C.C. 120680229-8



DOCTOR TELMO ELIAS YANEZ OLALLA
NOTARIO SEGUNDO DEL CANTON SAN MIGUEL DE BOLIVAR



DEDICATORIA

El presente proyecto de investigación de mi autoría, lo dedico con todo cariño y respeto a mis queridos padres por haberme apoyado a lo largo de mi vida y haber estado siempre a mi lado, guiándome y apoyándome para culminar una meta más de mi vida y lograr ser un profesional responsable e íntegro, dedicado al servicio de la comunidad.

FABIÁN ANDRÉS

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por haberme dado la vida y haber guiado mis pasos por el camino del bien, permitirme alcanzar una meta más en la vida.

Dejo constancia de mi eterno agradecimiento a mi docente – tutor el Ab. Enrique García Alarcón, por su paciencia y por haber compartido conmigo sus conocimientos y experiencia, su guía y observaciones han sido de gran ayuda para culminar con éxito mi proyecto de investigación.

Agradezco a la Universidad Estatal de Bolívar por haberme acogido en sus aulas; a los docentes por compartir sus conocimientos; al personal administrativo por la ayuda prestada a lo largo de mis años de estudio en la Carrera de Derecho.

FABIÁN ANDRÉS

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE	VI
RESUMEN EJECUTIVO.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	IX
TEMA:	XI
CAPÍTULO I	1
PROBLEMA.....	1
1. Planteamiento del problema.....	1
Objetivo General:.....	5
Objetivos Específicos:	5
1.2. Justificación	6
CAPÍTULO II:	7
MARCO TEÓRICO	7
2.1. Antecedentes	7
2.2. Fundamentación teórica	9
Discriminación.- Definición, origen, características y clasificación.....	9
Origen de la Discriminación.-	10
Características de la Discriminación.-.....	11
Consecuencias de la discriminación.....	12
Derecho a la no discriminación.	13
Tipos de Discriminación.	15
Progenitor.- Definición, herencia genética, biología y legislación.....	18
Patria Potestad en el Código de La Niñez y Adolescencia	23
De la Igualdad de los Sujetos en las Relaciones de Familia	30
El Principio “No Dañar” en las Relaciones de Familia.....	33
Análisis de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.	34
Legislación Ecuatoriana.- Definición.....	36
Familia.- Definición, tipos.....	38
Tipos de familias.-	38

Importancia de la familia.-	39
Características de la familia	39
Divorcio y separación.-	41
Cese de la convivencia	41
CAPÍTULO III	58
Descripción del trabajo investigativo realizado	58
3. Metodología de la investigación	58
3.7 Técnicas e instrumentos utilizados	59
CAPÍTULO IV	61
RESULTADOS	61
CAPÍTULO V	62
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	62
CONCLUSIONES	62

RESUMEN EJECUTIVO

El ejercicio de los derechos y obligaciones que conlleva la paternidad es una de los constantes reclamos que hacen los padres en el país. La separación de la pareja en muchos casos representa el distanciamiento total y a veces parcial del transcurso de la vida de los hijos.

Según la organización de padres Coparentalidad Ecuador, cuando esto ocurre la tenencia se vuelve uniparental y la atención de la legislación sobre esta materia se basa en pensiones alimenticias y se relegan los regímenes de visitas como un tema irrelevante y con baja importancia.

Lo que hace que muchos padres se conviertan en visitantes esporádicos. “En muchos casos dejando a los hijos huérfanos de padres vivos”. Esa es la razón por la que distintos sectores plantean una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia que hasta el momento no logra concretarse.

Por eso ellos afirman que las leyes en el país están hechas para favorecer directamente a la madre y no velan por el interés superior del niño, niña o adolescente. Existen vivencias de la figura paterna que demuestran que un padre puede luchar tanto como la madre, e incluso desarrollar los dos papeles en conjunto.

La pandemia también evidencia el sacrificio de los progenitores para proteger la vida de sus seres queridos porque sus profesiones los obligan a estar en la primera línea de tratamiento del covid-19, que hoy nos impide abrazar a los padres.

La realización del presente Proyecto de Investigación se sustenta en la problemática que vive la sociedad ecuatoriana por el alto índice de divorcios y separaciones, embarazos provocados con el ánimo de recibir altas pensiones alimenticias que en muchos de los casos no van en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, separaciones que son provocadas por la irresponsabilidad de adolescentes que no asumen la responsabilidad de padres.

Palabras claves: Menores, custodia compartida, el divorcio, la co-parental, co-paternidad, niños, padres

INTRODUCCIÓN

El proyecto de titulación “La Discriminación al Progenitor a través de las reglas establecidas en la Legislación Ecuatoriana para confiar la Tenencia de los Hijos”, el Estado ecuatoriano de acuerdo a su enunciado en la Constitución es un Estado garantista de Derechos y justicia social, además su implicación jurídica supone el interés superior de los niños como premisa primordial del Estado en la tutela de los derechos humanos y fundamentales; es decir, el Estado aparece por primera vez como un ente garante y protector de los proyectos de vida de los niños y sus ciudadanos.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículos 11, numeral 2, garantiza los principios a la no discriminación 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.

Además 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.

Dicho esto se debe erradicar la discriminación al progenitor a través de las reglas establecidas en la Legislación Ecuatoriana para confiar la tenencia de los hijos

La parte introductoria da a conocer los antecedentes del problema, que tiene que ver con la Discriminación al Progenitor en la Tenencia de los Hijos.

El Capítulo I, cuyo título es el Problema, contiene el planteamiento y formulación del problema; los objetivos general y específicos; la justificación donde resalta la importancia y necesidad de realizar el tema de estudio por su importancia, interés, oportunidad, relevancia, novedad, pertinencia, actualidad y factibilidad para buscar una solución a la problemática planteada.

El Capítulo II, refiere al Marco Teórico, cuya contenido se desarrolla en base a las variables independiente y dependiente contenidas en la hipótesis o idea a defender; esto es; la normativa desarrollada por la Constitución, Código de la Niñez y Adolescencia y Convención sobre los Derechos del Niño; y, como incide la Tenencia de los hijos en la relación parentofilial.

En el Capítulo III, se desarrolla la metodología del proyecto de investigación dándose a conocer la Modalidad Básica del Proyecto, esto es los métodos y tipos de investigación; ámbito de estudio, técnicas y diseño de la investigación.

El Capítulo IV, plantea los Resultados alcanzados en la investigación teórica y relacionada con el día a día de los casos conocidos respecto de la problemática planteada.

En el Capítulo V, se plantean las conclusiones y recomendaciones como aporte para la adecuada convivencia de la familia.

TEMA:

LA DISCRIMINACION AL PROGENITOR A TRAVES DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA PARA CONFIAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS

CAPÍTULO I

PROBLEMA

1. Planteamiento del problema

Los ecuatorianos vivimos en un país, en el cual la sociedad aún no asimila el divorcio o separación de una pareja como algo normal en una relación que ya no existe amor, comprensión y lealtad mutua y lo ven como algo espantoso, aterrador y prohibido, sin imaginar del daño irreversible que están causando a los menores de edad; ya que con esta actitud, indirectamente se están vulnerando los derechos superiores y primordiales que tienen los niños y adolescentes, según lo señalan la Constitución de la República del Ecuador y la Convención sobre los Derechos del Niño, por tal motivo esta acción debe dejar de ser un “adiós” para el progenitor que se va del hogar, que en la mayoría de los casos generalmente es el padre, a quién también se lo despoja de sus derechos y sobre todo de su dignidad como ser humano, por lo tanto el progenitor (padre o madre) que deje el hogar debe seguir siendo padre o madre luego del divorcio o separación, compartiendo el tiempo necesario con sus hijos, mediante implementación de la tenencia compartida de los menores de edad, y convertirse solo en un visitante esporádico, que solo los puede ver en los días y horas que autoriza un juez. En el Ecuador durante los dos últimos años 28.771, se divorciaron y los padres de los menores buscan acuerdos sobre la custodia tenencia de los hijos.

En nuestro país en temas de la Niñez y de la Adolescencia se aplica de acuerdo a la costumbre legal y cultural de manera consecuente, pues en la mayoría de los casos la madre obtiene la tenencia y al padre se le otorga un derecho de visitas, permitiéndole tener relación directa y regular con el hijo (a), pero no se compromete con el diario desarrollo del niño (a); en la práctica, puesto que es un derecho que pasa por el control del padre que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo; y que a veces se suspende cuando se prueba una afectación al bienestar o interés superior del niño (a), aspecto que se determina en juzgados motivadamente.

El drama de los padres separados, provoca graves problemas en la relación familiar, pues como ya manifesté, la ley da poder a la madre sobre la tenencia y en la mayoría de los casos por el resentimiento con su expareja hace que el papá no tenga

acceso a los niños provocando un distanciamiento que a la larga repercute en el desarrollo integral del menor. Cuando hay desavenencia se recurre a la justicia con respecto a las leyes y el interés superior del niño. “El 92% de las custodias están a favor de las madres”.

En la lucha cruel e injusta entre progenitores, que los hijos padecen de forma dramática, se acerca una disputa por el derecho a convivir con los hijos, que degeneran en muchos casos en violencia doméstica de manera verbal, psicológica y física con consecuencias irreparables que afectan al buen vivir del menor. (El Ministerio de Justicia español cifra en un 77% el porcentaje de la violencia doméstica que tiene lugar una vez iniciados los procesos de separación y divorcio). Dentro de la custodia monoparental, esta circunstancia jurídica, limita los derechos del padre y responde a patrones preestablecidos de tenencia mono-parental, sin razones fundamentadas, por una parte, la creencia acerca de la incapacidad del hombre a dar tiempo necesario para la mejor atención en la formación integral de los hijos.

En la gran mayoría de casos el odio hacia la pareja hace que los divorcios o separaciones sean conflictivos, llegando a programar en los hijos el odio al padre sin que tenga justificación, el hijo da entonces su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienador, este confía en su hijo sus sentimientos negativos y las malas experiencias vividas con el progenitor ausente haciendo que el hijo absorba la negatividad del progenitor.

Las políticas socio - jurídicas deben ser sostenedoras de la familia rota, para que padre y madre puedan coparticipar parentalmente, en consideración a los hijos, quiénes tienen el derecho a la afectividad imperecedera y al rol socializador suministrado por sus dos figuras parentales. A su vez, el proceso de avance evolutivo del hijo obedece substancialmente a la asociación entre sus progenitores y de su capacidad colaborativa, aspectos que comprometen el esfuerzo de ambos para convertirse en aliados parentales y en modelos solidarios para armonizar y estabilizar el desarrollo bio-psico-social del niño, post separación conyugal

A principios de los años 70 emerge el concepto de Custodia Compartida originalmente de un grupo de padres al sentirse despojados de sus papeles y derechos como padres, simplemente por existir el divorcio del otro cónyuge. El creciente

interés que le asiste al hijo (a) sobre la Custodia Compartida está apoyada en el derecho al desarrollo integral como uno de los pilares fundamentales dentro de la vida cotidiana. El cambio de papeles sociales que en la familia se producen hoy en día comprometen más padres en la crianza y desarrollo de sus hijos, sobre todo cuando sus dos progenitores desarrollan carreras profesionales. El divorcio se convierte en un suceso social nacional y numerosos estudios e investigaciones clínicas muestran un intenso sentido de pérdida y alineación que sufren los padres y los hijos, como consecuencia de las costumbres aplicadas sobre la distribución de la Custodia, mayoritariamente a la madre.

La legislación debe ser revisada para otorgar la tenencia al progenitor que posea la adecuada salud física y mental acorde a las necesidades del hijo. La finalidad es garantizar la plena protección de sus derechos y obligaciones.

Salim Zaidam, académico y miembro de la plataforma Unión por nuestros hijos, asegura que el proyecto de ley interpretativa al artículo 106 del CONA es inconstitucional. “La Constitución de la República, establece la corresponsabilidad parental en la crianza y manutención, en los en los artículos 69 y 83 numeral 16”

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

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

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.

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 jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

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

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.

La mejor manera de garantizar la corresponsabilidad parental es con la custodia compartida -explica-, pero en nuestro país se prefiere a la madre. Se argumenta que es la más apta para los cuidados de los menores. “Los intereses de las madres no pueden estar por encima del interés superior del niño”, indica.

La activista reconoce que existen divorcios conflictivos, pero cree que el sistema de justicia, en vez de mediar para solucionar las diferencias de las exparejas, agrava los conflictos.

Formulación del Problema

¿Cómo la discriminación al progenitor a través de las reglas establecidas en la Legislación Ecuatoriana para confiar la tenencia de los hijos, afecta la relación parentofilial, en la ciudad de Guaranda, durante el segundo semestre del 2019?

1.1. Objetivos:

Objetivo General:

Determinar que la Discriminación al progenitor a través de las reglas establecidas en la Legislación Ecuatoriana para confiar la tenencia de los hijos, mediante un proceso investigativo que permita una adecuada relación parentofilial, en la ciudad de Guaranda, durante el segundo semestre del 2019.

Objetivos Específicos:

- ✓ Identificar los casos de discriminación al progenitor a través de las reglas establecidas en la Legislación Ecuatoriana para confiar la tenencia de los hijos.
- ✓ Analizar las consecuencias de discriminación al progenitor respecto de la tenencia de los hijos.
- ✓ Identificar los beneficios de la Custodia Compartida, como alternativa para mejorar la relación parentofilial.

1.2. Justificación

El desarrollo del presente trabajo de investigación reviste una gran importancia, puesto que trata sobre la discriminación que sufren muchos padres para el otorgamiento de la Tenencia de los niños, niñas y adolescentes, ya que se da preferencia a las madres a pesar que se demuestra conductas nada prudentes para el cuidado de los menores, pues en la mayoría de casos se procura una buena pensión alimenticia.

El interés que despierta este tema es grande, puesto que los legisladores deben poner mucha atención a la necesidad de operativizar las leyes de acuerdo con la Constitución y leyes conexas que demandan el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es oportuno realizar el debate de este problema, puesto que hay estudios psicológicos aplicados a los menores, donde se determina que en muchos casos éstos prefieren estar al cuidado de los padres, pues las madres contraen nuevas nupcias matrimoniales o se unen con nuevas parejas, mismas que han procedido a darles maltrato físico o son víctimas de acoso sexual y en el peor de los casos violencia sexual.

El tema del Trabajo de investigación es novedoso, pues medios de comunicación del Ecuador, dan cuenta de noticias donde se conoce que muchos padres de familia denuncian ser objetos de discrimen por parte de administradores de justicia que al momento de resolver sobre la Tenencia de los niños, niñas y adolescentes. Provocando luchas intestinas dentro de las familias que luego provocan graves distanciamientos que a la larga los únicos perjudicados son los menores.

El tratamiento de este tema deber ser de urgente relevancia, pues está en juego la salud mental del grupo familiar y por ende de los niños, niñas y adolescentes, si queremos un crecimiento integral de los menores debemos preservar su desarrollo mental, psicológico y físico.

La temática tratada en las diferentes asignaturas durante el desarrollo de la malla curricular de la carrera me permite tener los conocimientos necesarios para el desarrollo del tema planteado, de ahí que es pertinente su desarrollo.

El desarrollo del tema propuesto es factible de realización puesto que la bibliografía es de fácil acceso así como cuento con los recursos necesarios para solventar los gastos que demanda el desarrollo del proyecto.

CAPÍTULO II:

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

En EL Ecuador y el mundo, la sociedad aún no asimila que la separación o el divorcio de las parejas como algo normal, pese a que en los países desarrollados ya lo consideran de esta manera, la mayoría de países en vías de desarrollo, lo ven como algo inhumano, inmoral y prohibido, sin imaginar del daño irreversible que están causando a los niños, niñas y adolescentes quienes van tener graves consecuencias en el desarrollo emocional, personal e intelectual; y es en ese momento de la separación cuando se empieza con la vulneración de los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes, derechos que están consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, Convenios Internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia.

La separación o divorcio no debe ser un “adiós” para el progenitor que abandona el hogar, que en la mayoría de los casos generalmente es el padre, a quién también se lo despoja de sus derechos a tener una relación constante y así poder compartir momentos de alegría y tristeza por los que atraviesan los actores de este proceso duro y difícil que afrontan como consecuencia de la separación o divorcio, pues generalmente el padre se convierte en un visitante esporádico, que solo los puede ver en los días y horas que autoriza un juez.

Algunos países de América como Estados Unidos de América, ya se implantó la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes, luego de la separación o divorcio de sus padres, aun cuando la sociedad lo ve como algo inadmisibles por las creencias religiosas, sociológicas e ideológicas que han heredado de sus ancestros; inclusive vulnerando el principio del interés superior de los menores, derecho consagrado en el caso de nuestro país en la Constitución de la República del Ecuador y la Convención sobre los Derechos del Niño y otros cuerpos legales.

En el Ecuador la separación o divorcio de los padres es muy criticado por la sociedad, considerándolo como un acto deleznable, bochornoso e incluso inmoral por los antecedentes que se suponen provocó tal hecho, ignorando que los padre y los menores, deben tener derecho a mantener una buena relación parentofamiliar.

Estas actitudes transgreden los derechos del niño, niña o adolescente, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y Adolescencia, pues al alejarlos de uno de sus progenitores se está limitando el tiempo a compartir con su progenitor que abandono el hogar, situación que puede ser superada mediante la aplicación de la tenencia compartida de los menores de edad.

En el Ecuador es preocupante el rumbo que toman los niños, niñas y adolescentes, como consecuencia de los problemas que se derivan luego de la separación o divorcio, pues cada uno pugna la tenencia de los menores, sin antes hacer una evaluación y análisis de lo que sería mejor para el bienestar de sus hijos, inclusive los administradores de justicia al momento de emitir una resolución sobre la tenencia de los menores, “cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad...”(Código de la Niñez y Adolescencia, 2013)(art.118), prohibiéndoles a los niños y adolescentes la oportunidad de convivir con su padre y madre, aun cuando ellos estén divorciados o separados, tan solo por la indiferencia que existe entre ellos, que nada tiene que ver con las acciones encaminadas a velar por el interés superior del niño, de allí que es necesario incorporar en nuestra legislación ecuatoriana la tenencia compartida de los hijos menores de edad, para atenuar los daños psicológicos e intelectuales irreversibles en los menores que han tenido que experimentar la disolución del matrimonio de sus padres.

En nuestro país, en estos últimos días es alarmante el incremento de intentos de suicidios, femicidios por problemas de pareja o de personas con problemas psicológicos, altos índices de menores con problemas de desnutrición, aprendizaje y violencia, debido a que existe una gran cantidad menores que crecen fuera del núcleo familiar, pues el futuro de los hijos está en las manos de un solo progenitor, que en la mayoría de los casos no es el apropiado, pues hoy priman intereses económicos y se dice que al embarazo lo ven como un negocio.

2.2. Fundamentación teórica

Discriminación.- Definición, origen, características y clasificación.

(<https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/43-discriminacion-dh.pdf>, 2016)

La discriminación es un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Ésta se genera en los usos y las prácticas sociales entre las personas y con las autoridades, en ocasiones de manera no consciente.

Discriminar significa seleccionar excluyendo; esto es, dar un trato de inferioridad a personas o a grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa. Cabe señalar que estas causas constituyen los criterios prohibidos de discriminación.

La discriminación en la sociedad se refiere al trato excluyente y/o violento a otras personas con una diferencia natural, cultural o histórica, a fin de impedir o menoscabar el ejercicio y disfrute de sus derechos ciudadanos universales. Por lo tanto, toda forma de discriminación es una actitud contraria al principio universal de los derechos humanos que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley.

Se discrimina cuando, con base en alguna distinción injustificada y arbitraria relacionada con las características de una persona o su pertenencia a algún grupo específico (como alguno de los criterios prohibidos), se realizan actos o conductas que niegan a las personas la igualdad de trato, produciéndoles un daño que puede traducirse en la anulación o restricción del goce de sus derechos humanos.

Discriminar quiere decir dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe.

Todas las personas pueden ser objeto de discriminación; sin embargo, aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja, ya sea por una circunstancia social o personal, son quienes la padecen en mayor medida.

Origen de la Discriminación.-

La discriminación se origina en las distintas relaciones sociales, muchas veces desde las familias, a través de la formación de estereotipos y prejuicios.

Estereotipos.-

Un estereotipo es una imagen o idea comúnmente aceptada, con base en la que se atribuyen características determinadas a cierto grupo o tipo de personas, que lleva a considerar a todos sus integrantes o a todas ellas como portadoras del mismo tipo de características, sin que dicha atribución obedezca a un análisis objetivo y concreto de las características específicas de la persona de que se trate.

En términos generales, un estereotipo se forma al atribuir características generales a todos los integrantes de un grupo, con lo que no se concibe a las personas en función de sus propias características, sino de ideas generales, a veces exageradas y frecuentemente falsas, que giran en torno a la creencia de que todos los miembros del grupo son de una forma determinada.

Prejuicios.-

Un prejuicio se forma al juzgar a una persona con antelación, es decir, prejuizarla, emitir una opinión o juicio —generalmente desfavorable— sobre una persona a la que no se conoce, a partir de cualquier característica o motivo superficial. Los prejuicios son una forma de juzgar lo distinto a nosotros sin conocerlo, considerando lo diferente como malo, erróneo, inaceptable o inadecuado.

En muchas ocasiones la discriminación obedece a patrones socioculturales tradicionalmente aprendidos y repetidos, en cuya transmisión y perpetuación el medio familiar y el entorno social desempeñan un papel muy importante, ya que a partir de dichas interacciones las personas comienzan a establecer criterios de selección en distintos ámbitos. Es común que un niño aprenda y repita las prácticas igualitarias o discriminatorias que observa en su entorno familiar.

A partir de los estereotipos y los prejuicios, resultado de la incompreensión, el temor, el rechazo y la falta de respeto a las diferencias, se genera la intolerancia. Se suele rechazar, juzgar, evitar, excluir, negar, desconocer o, incluso, eliminar y suprimir con

base en estos motivos. La intolerancia imposibilita la convivencia en armonía entre los distintos grupos y personas, y lo que debemos buscar en función de la igualdad y la paz social es precisamente la convivencia armónica de todas las diferencias; es decir, la tolerancia.

Características de la Discriminación.-

- ✓ Es una conducta socialmente presente, se aprende rápido y tiende a reproducirse hasta convertirse en una práctica cotidiana.
- ✓ Es progresiva, ya que las personas pueden ser discriminadas por distintas causas; sus efectos pueden acumularse e incrementarse, produciendo daños mayores y dando lugar a nuevos problemas y a una mayor discriminación.
- ✓ Evoluciona al adoptar nuevas formas y modalidades. Constantemente se reproducen nuevas situaciones que tienden a generar conductas discriminatorias.
- ✓ Obedece a distintas causas, pero el resultado siempre es el mismo: la negación del principio de igualdad y la violación de los derechos humanos.
- ✓ Las conductas discriminatorias pueden generar daños morales, físicos, psicológicos, materiales y diversas limitaciones en muchos ámbitos a las personas discriminadas, al mismo tiempo que ocasionan un daño general a la sociedad en su conjunto, al fomentar divisiones que la fragmentan.

Cómo se presenta la Discriminación?

La discriminación puede presentarse en distintas formas:

Discriminación de hecho. Consiste en la discriminación que se da en las prácticas sociales o ante funcionarios públicos, cuando se trata de modo distinto a algún sector, como por ejemplo a las mujeres o a las personas mayores.

Discriminación de derecho. Es aquella que se encuentra establecida en la ley, vulnerando los criterios prohibidos de discriminación, mediante la que se da un trato distinto a algún sector. Es el caso, por ejemplo, de una ley que estableciera que las mujeres perderían su nacionalidad si contrajeran matrimonio con un extranjero, pero que esta ley no afectara a los hombres que estuvieran en semejante situación.

Discriminación directa. Cuando se utiliza como factor de exclusión, de forma explícita, uno de los criterios prohibidos de discriminación. Discriminación indirecta. Cuando la discriminación no se da en función del señalamiento explícito de uno de los criterios prohibidos de discriminación, sino que el mismo es aparentemente neutro. Por ejemplo, cuando para obtener un puesto de trabajo se solicitan requisitos no indispensables para el mismo, como tener un color de ojos específico.

Discriminación por acción. Cuando se discrimina mediante la realización de un acto o conducta. Discriminación por omisión. Cuando no se realiza una acción establecida por la ley, cuyo fin es evitar la discriminación en contra de algún sector de la población.

Discriminación sistémica. Se refiere a la magnitud de la discriminación de hecho o de derecho en contra ciertos grupos en particular.

Es preciso señalar que para dar fin a una situación de discriminación particularmente arraigada contra un grupo específico se suele recurrir a las llamadas acciones positivas o afirmativas (conocidas también como sistemas de discriminación inversa o positiva), que consisten en la adopción de medidas concretas y temporales dirigidas a conseguir la igualdad ante la ley, la igualdad material y, consecuentemente, la igualdad de oportunidades. Por medio de ellas se pretende influir en los miembros de la sociedad para que cambien su mentalidad en ese sentido y se corrijan las situaciones discriminatorias. Un ejemplo de una acción positiva podría ser la adopción de leyes para evitar la violencia contra las mujeres.

Consecuencias de la discriminación.

La discriminación es la manifestación concreta, individual, grupal o colectiva de la negación del principio de igualdad y constituye uno de los mayores obstáculos para avanzar en el pleno ejercicio de los derechos humanos.

El principio de igualdad es uno de los valores más importantes reconocidos por la comunidad internacional y constituye la piedra angular de la teoría de los derechos humanos. Su importancia radica en que garantiza derechos y limita privilegios, con lo que favorece el desarrollo igualitario de la sociedad.

Las personas deben ser consideradas iguales entre sí y tratadas como iguales respecto de aquellas cualidades que constituyen la esencia del ser humano y su naturaleza, como la dignidad, el libre uso de la razón y la capacidad jurídica. Los posibles tratos desiguales dados a las personas sólo se pueden justificar si se encuentran previstos en la ley, y generalmente obedecen a la comisión de actos ilícitos que dañan a terceros o cuando las personas se encuentran en situación de vulnerabilidad o discriminación, lo que hace necesario la aplicación de algún apoyo o ayuda especial (como las medidas afirmativas).

El principio de igualdad establece que todas las personas tienen los mismos derechos y comprende la necesidad de crear las condiciones ideales para que aquellos que se encuentren en una situación de desigualdad tengan garantizado el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales.

Derecho a la no discriminación.

Este derecho forma parte del principio de igualdad y protege a las personas de ser discriminadas por cualquier motivo; su fundamento es la dignidad humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por lo que no es justificable distinguir, excluir o tratar como inferior a persona alguna, si no existe un fundamento razonable para ello.

El derecho a la no discriminación es una norma común en los principales tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los Estados; se le considera un derecho que va más allá de lo jurídico, cuya función es que todas las personas puedan gozar de todos sus derechos humanos en condiciones de igualdad, pues cada vez que un derecho se vulnera se acompaña de la violación de al menos otro derecho humano.

El derecho a la no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La prohibición de la discriminación es un aspecto fundamental de los derechos humanos, presente en todos los tratados internacionales generales de la materia, tanto en el ámbito universal de protección de los derechos humanos (Sistema de Naciones Unidas) como en los ámbitos regionales (africano, americano y europeo).

Las convenciones generales del sistema de Naciones Unidas que contienen cláusulas de no discriminación respecto de los derechos consagrados en sus textos son la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2o.); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2). Estos instrumentos reconocen los derechos de todas las personas “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En el marco del Sistema Universal se han adoptado algunas convenciones con el fin de proteger a grupos específicos contra la discriminación:

- ✓ Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio (1948).
- ✓ Convenio Número 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1960).
- ✓ Convención de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) Relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (1962).
- ✓ Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966).
- ✓ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo de Apartheid (1973).
Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

En el marco del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos contienen cláusulas de no discriminación la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2o.), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3o. del Protocolo de San Salvador).

En este sistema también se han adoptado algunos tratados dirigidos a proteger a determinadas personas de la discriminación:

- ✓ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, de 1990).
- ✓ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

Cabe señalar que los motivos prohibidos de discriminación no son exhaustivos y, por tanto, al incluirse en las cláusulas de no discriminación los términos “cualquier otra índole” y “cualquier otra condición social” se prevé la posibilidad de prohibir otras causas de discriminación no señaladas expresamente en los instrumentos.

Los tratados son ejemplos representativos de épocas determinadas, por lo que pueden no incluir una causa de discriminación surgida posteriormente; por ello, deben ser interpretados a la luz del presente, teniendo en cuenta las características actuales de los sistemas de protección, así como la evolución y desarrollo de los derechos humanos.

Tipos de Discriminación.

(<https://www.significados.com/tipos-de-discriminacion/>, 2016)

Discriminación Socioeconómica.

Se trata de la discriminación y exclusión con base en la clase social del individuo. Implica toda forma de humillación, menosprecio, subvaloración y maltrato derivado de la condición social.

Son víctimas de este tipo de discriminación los sectores más empobrecidos de la sociedad, quienes frecuentemente son juzgados como delincuentes potenciales, incapaces, inmorales, antihigiénicos o indeseables. Este tipo de discriminación es de la que menos se habla y es, sin duda, la más frecuente.

Se puede observar discriminación socioeconómica cuando una persona no puede acceder a servicios públicos y derechos fundamentales (por ejemplo, cuando no tiene acceso a su documentación por no poder pagar los aranceles).

También es discriminación socioeconómica cuando, aplicando el "derecho de admisión", a una persona pobre se le prohíbe ingresar a determinados espacios porque "afean" el lugar (por ejemplo, los centros comerciales).

Discriminación de Género.

Se habla de discriminación de género o discriminación sexual cuando la privación de derechos de una persona o el trato violento tiene como móvil su condición de género. Por normal general la discriminación de género ocurre contra la mujer, toda vez que las diferentes sociedades del mundo se estructuran en torno al poder patriarcal.

Esta es una de las formas de discriminación más comunes y silenciosas, debido al hecho de que está enmascarada en medio de costumbres y hábitos arraigados históricamente, es decir, está naturalizada.

Discriminación Racial.

Ocurre cuando un individuo o grupo es discriminado con base en su diferencia racial, bajo la ideología de supremacía de una raza sobre otra. Sobre este concepto se articuló, por ejemplo, el sistema de la economía esclavista en América, así como el colonialismo occidental en África.

Este tipo de discriminación suele darse también en el seno de una sociedad donde confluyen personas de la misma raza, pero con rasgos fenotípicos distintos o separadas por castas. Fue el caso del genocidio de Ruanda, país heredero del sistema de castas del colonialismo belga.

Discriminación por origen Étnico o Nacional.

Este tipo de discriminación se ejerce en contra de personas que pertenecen a culturas minoritarias dentro de una cultura dominante, o que han nacido en países diferentes al de acogida.

Así, dentro de una misma sociedad, es posible ver discriminación hacia grupos étnico-culturales diferentes, aunque cuando puedan compartir raza y/o nacionalidad. También aplica el concepto para la discriminación de personas extranjeras en el seno de un Estado nacional.

Discriminación Religiosa.

La discriminación religiosa es aquella que obstruye el acceso a los derechos ciudadanos fundamentales con base en la religión practicada por el sujeto.

Suele ocurrir en los Estados confesionales, en los que la religión oficial es obligada condición de ciudadanía, o en aquellos Estados que por razones ideológicas persiguen cualquier forma de organización religiosa.

Discriminación Política o Ideológica. Es la que practica todo tipo de persecución, censura y obstrucción de derechos civiles y políticos con base en la ideología de la víctima. Implica cohibir la libertad de pensamiento y expresión, así como impedir el acceso a la vida pública.

Es muy característica de los países con regímenes autoritarios o en los países que atraviesan procesos de polarización política. Por ejemplo, durante la Guerra Fría, tanto en el bloque capitalista como en el comunista, hubo abiertas persecuciones a los individuos "sospechosos" de comulgar con la ideología contraria a la oficial.

Discriminación por Orientación Sexual.

Este tipo de discriminación es la que tiene como población objetivo a las personas cuyas orientaciones sexuales difieren de la heterosexualidad o cuyos comportamientos no corresponden al rol atribuido a su género históricamente.

Por ello, son objeto de discriminación por orientación sexual los homosexuales (hombres o mujeres), bisexuales, transexuales y travestis, es decir, la comunidad LGBTI.

Discriminación Etaria o por Edad.

Este tipo de discriminación suele tener como objetivo la sumisión y la subordinación de la víctima con base en su edad.

Es el caso de los niños y jóvenes que enfrentan violencia justificada por el principio de autoridad de los adultos y son impedidos de ejercer la libertad de expresión, entre otros derechos. Ocurre también cuando sus testimonios no son tomados en cuenta por las autoridades, a no ser que sean avalados por un adulto.

La discriminación por edad también afecta a las personas mayores que ven cercenados sus derechos fundamentales, como el derecho a la educación o al trabajo, lo que los excluye del orden social y favorece la multiplicación de la pobreza.

Discriminación por Discapacidad.

Este tipo de discriminación suele tener que ver con la invisibilización de la discapacidad al considerarla un problema minoritario, lo que se convierte en foco de dependencia, pobreza y exclusión social.

Abarca todo el espectro de personas con discapacidades físicas (ceguera, sordera, movilidad) o intelectuales (síndrome de Down, autismo, dificultad en el aprendizaje, etc.).

Es un problema estructural de la sociedad, que hasta hace muy poco no contemplaba políticas para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a los estudios, al trabajo e, incluso, a las actividades comunes como acceder al transporte público.

Progenitor.- Definición, herencia genética, biología y legislación.

(<https://definicion.de/progenitor/>, 2019)

Progenitor, cuyo origen etimológico nos remonta al latín *progenitor*, es un término que se usa para nombrar al padre de un individuo. En concreto, el concepto refiere al pariente que, respecto a un sujeto, se halla en una línea ascendente.

En la biología, se conoce como progenie a las crías. Esto quiere decir que la progenie, también mencionada como descendencia, es la consecuencia de un proceso de reproducción. Quienes desarrollan dicho proceso reproductivo son los parentales o progenitores.

Si nos centramos en el caso específico de los seres humanos, la reproducción se lleva a cabo a través de una relación sexual. Un niño, por lo tanto, es el fruto de una relación sexual que mantuvieron sus progenitores nueve meses atrás (ya que ese es el tiempo de gestación y lo que dura el embarazo).

La progenie es el mecanismo más importante del ser humano para establecer grupos sociales. Cuando los progenitores tienen su descendencia, forman lo que conocemos como familia. El niño, al crecer, se convertirá en un adulto que puede decidir tener su

propia descendencia, agrandando así la familia original formada por sus progenitores quienes, obviamente, han tenido sus propios progenitores (los abuelos del niño).

A partir de la descendencia y de otros vínculos no sanguíneos, se desarrollan y se amplían las familias que constituyen el grupo básico a través del cual se organiza una sociedad.

Podemos comprender qué es un progenitor a través de incontables ejemplos. El actor Kirk Douglas, por citar un caso, es el progenitor del también actor Michael Douglas. Éste, por su parte, es el progenitor de sus tres hijos (los nietos de Kirk).

La figura del progenitor, así como su accionar, son determinantes en la vida de toda persona, aunque esto no significa que éste deba estar presente para que tenga lugar un desarrollo sano. De hecho, las combinaciones entre todas las variables relacionadas con la relación entre el padre y sus hijos son tantas que no es posible saber cómo será un niño de adulto tan sólo observando sus primeros años de vida.

Gracias a los esfuerzos de muchas personas, en la actualidad son cada vez más los países y las ciudades que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo y, por otro lado, la adopción por parte de parejas homosexuales. A pesar de las controversias y las supuestas verdades sobre las cuales se apoyan sus detractores, existe un sinnúmero de pruebas de que ser criado por dos padres, dos madres, un padre y una madre, tan sólo uno de ellos o bien un tutor no determina en sí mismo el futuro de la persona, sino que la clave se encuentra en otros factores.

La tarea del progenitor es mucho mayor que la mera participación del proceso reproductivo o, cuando el uso del término es menos estricto, de la adopción del niño. Su comportamiento a lo largo de la crianza es el punto fundamental, ya que es durante ese período de la vida de su descendiente que podrá expresarle su amor, enseñarle a enfrentar los desafíos propios de cada etapa, inspirarle confianza para que pueda contar con él cuando lo necesite, darle un buen ejemplo para que se convierta en una persona de bien y no haga daño a los demás ni a sí mismo.

Lo normal es que la relación entre un hijo y su progenitor atraviese diferentes fases, que pueden ir desde la admiración hasta el odio, entre otros extremos posibles. La adolescencia es el primer momento caótico en la vida de una persona, salvando

excepciones, y suele acarrear una revolución emocional que consiste en desafiar a los padres, como respuesta a dos hechos bien puntuales: haber descubierto que no son perfectos, como creíamos hasta entonces; comenzar a saborear la libertad de la adultez. Los sentimientos hacia el progenitor y las ideas acerca de su figura que surgen durante la adolescencia pueden perdurar o revertirse, según el caso.

Análisis del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El método de investigación exegético tiene una importancia fundamental; tanto es así que, su utilización ha permanecido por numerosos siglos, teniendo siempre como objetivo encontrar el espíritu de la ley y la voluntad del legislador en base al sentido más literal de la norma. Por tal motivo, conviene para esta investigación la utilización de este método para el análisis del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, referente a las reglas para confiar la patria potestad.

El primer inciso del referido artículo determina: “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:”

Como se colige de la lectura, este primer inciso especifica cual será la autoridad que decidirá sobre quien tendrá la patria potestad del menor y además le confiere al Juez la posibilidad de contar con la opinión del niño, niña o adolescente que esté en capacidad de hacerlo. Esta última parte es importante puesto que lo manifestado por el o la menor contribuirá para que el Juez esté en capacidad de tomar una decisión. Por otro lado, el primer inciso advierte sobre la existencia de las siguientes reglas: “1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;”

Esta primera regla protege la capacidad convencional de las partes, es decir, antes de imponer la decisión judicial, permite que las partes lleguen a un acuerdo. Sin embargo de ello, este momento convencional no puede ser aplicado en los casos que el acuerdo suponga un perjuicio a los intereses del menor, en otras palabras, se aplica el interés superior del niño, guardando conformidad constitucional.

La segunda regla, que además es el objeto de análisis de la presente investigación, manifiesta: “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 de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;”

Pues bien, es clara la regla 2 al establecer que primero se debe agotar el momento consensual, después del cual, si no se obtuviere un acuerdo o si el acuerdo fuere lesivo para los derechos del tutelado, será el Juez quien determine quién estará a cargo de la patria potestad. A pesar de ello, en el caso antes citado, fue la voluntad del legislador confiar la patria potestad directa y exclusivamente a la madre cuando el niño o niña fuere menor de 12 años, observándose de esta manera una discriminación al progenitor masculino, ya que no busca equiparar una notoria desigualdad con respecto al padre, produciéndose un detrimento a la igualdad formal.

La tercera regla por su parte determina: “3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;”

Contradictoriamente, en referencia a los hijos mayores de 12 años, la tercera regla refleja una plena vigencia de la igualdad formal, que además está supeditada a la sana crítica del Juez, por tener éste la potestad de discernir cuál de los padres está en mejores condiciones para el cuidado del menor; ello, sin hacer una diferenciación de género, es decir, sin importar que sea el padre o la madre.

Continuando con el análisis de la cuarta regla que establece el Código de la Niñez y Adolescencia y que también es objeto de análisis de la presente investigación manifiesta que: “4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;”

Nuevamente, la regla 4 impone una injustificada vulneración al derecho constitucional de igualdad formal, por considerar que también existe discriminación con respecto al progenitor masculino y que se lo puede evidenciar al momento de conceder de forma injustificada preferencia a la madre por parte del legislador, al manifestar que si ambos progenitores demuestran iguales condiciones se preferirá a la madre con respecto al cuidado del menor.

Así mismo, en relación a las causales de privación de la patria potestad, la regla 5 establece: “5.- 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, A saber, las siguientes:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.”

De forma continua, la regla 6 determina: “6.- 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.”

Así las cosas, conviene también destacar lo contenido en último inciso del artículo en análisis: “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.”

A las reglas anteriores, se le suma la opinión de los menores, que en el caso de ser adolescentes será obligatoria para el Juez, siempre que no sea contraria al interés superior del niño y referencial en el caso de quienes sean menores de 12 años. Sin embargo de ello, en aplicación de las reglas contenidas en este artículo, la opinión de los menores toma siempre un papel secundario.

Finalmente, después de haber analizado las reglas del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, se colige que dentro de las reglas 2 y 4, como se lo manifestó

anteriormente se puede evidenciar una discriminación al padre, al observar una posible preferencia injustificada a la madre, al establecer que en caso de que ambos padres gocen de iguales condiciones de cuidado en relación al menor se preferirá a la madre, lo cual no justifica dicha predilección que tuvo el legislador con respecto a la madre, vulnerándose así el derecho constitucional de igualdad formal.

Patria Potestad en el Código de La Niñez y Adolescencia

La reseña histórica de esta institución es muy debatida entre los académicos, puesto que para diferentes ramas del conocimiento la perspectiva de su nacimiento es criticado desde el campo de estudio, en tal motivo tenemos las siguientes acepciones: "Para muchos sociológicos es un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo período de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de la familia. Una de las notas esenciales de la organización uterina sería -según Sydney Hartlane- que la autoridad sobre los hijos pertenecía a la madre, aunque raramente sería ejercitada por ella." (Castán Vázquez cit. por Cabrera, s.f:26)

No obstante para el ámbito jurídico la perspectiva y el ejercicio deviene del padre: "Por su parte en la Roma antigua, la patria potestad se consideraba un poder absoluto e indefinido exclusivo del padre -pater familia- sobre los hijos. La Potestad -potestad o poder- es distinta de las auctoritas, que también es entendida por el pater." (Cabrera, s.f:27)

La expresión "patria potestad" proviene del latín *patrius,a,um* que significa lo relativo al padre; y *potestas* que se define como potestad o mando. (Cabrera, s.f:25)

A esto se destaca las diferentes acepciones y evoluciones de la institución, en las remotas páginas de la historia: "En el derecho germánico, la potestad del padre recibe el nombre de "Munt", que significa un derecho y un deber de protección. A diferencia del derecho romano, esta acepción de la patria potestad se ejercía fundamentalmente bajo la idea de protección del incapaz y cesaba a determinada edad o en su defecto" (Kiip, Theodor y Wolf cit. por Cabrera, s.f:28)

Con el pasar del tiempo y la evolución social, se fueron desarrollando conceptos conformes a las necesidades y esquemas jurídicos contemporáneos, en tal virtud un hecho que sin duda influyó enormemente en el doctrinamiento de la institución, fue la

Revolución Francesa, llegando la patria potestad a mutar de un poder a una función, porque aunque no se proclame a este carácter en términos textuales dentro de los códigos franceses, existe un criterio unificado por la doctrina, que refiere a este período como el responsable de transformar a la patria potestad en una función temporal productora de deberes para el padre y limitante de sus facultades. (Cabrera, s.f:29)

"[...] se rebajó la autoridad paterna y se concibió como una medida de protección para los menores, que cesaría a la mayoría de edad del hijo, y se impuso el control por la creación de los tribunales de familia y rehusó el control judicial y la declaración posible de la potestad del padre sobre sus hijos. Sin embargo, esta concepción ha evolucionado en el derecho francés, para admitirse hoy que se ejerce un interés de la familia y de los hijos." (De la Morandière cit. por Cabrera, s.f:29)

Finalmente el Código Napoleónico concentra a la institución como un Estado de protección para el menor, de ahí para acá los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en gran mayoría acogieron dicho lineamiento, dejando de ser la institución paternal, convirtiéndose en patrimonio de ambos padres, destacándose el hecho relevante de la historia que al presentarse el Código Napoleónico, hubo partidarios de emplear como una rúbrica legal las palabras "*de la autoridad de los padres y de las madres*", para definir a los sujetos activos. (Cabrera, s.f:30)

Sobre la base de lo anterior expuesto, los precedentes resultan en la actualidad una generalidad mayoritaria sobre la institución de la patria potestad a nivel mundial, ya sean en sus códigos civiles o de la familia o sus reformas, que datan de la época posterior a la segunda guerra mundial, donde la primicia es la atribución del ejercicio conjunto de los progenitores sobre sus hijos menores de edad. Países como: Alemania Federal (art. 1627, cod. civ., reforma de 1969); Francia (art. 372, cod. civ, reforma de 1970); Holanda (art. 246, cod. civ. de 1970); Italia (art. 316, cod. civ. reforma de 1975); Suiza (art. 297, cod. civ., reforma de 1976); Portugal (art. 1401, cod. civ. reforma de 1977); España (art. 156, cod. civ. reforma de 1981); Méjico (art. 414, cod. civ. del distrito de territorios federales de 1926); Uruguay (art. 11, ley 10.783 de derechos civiles de la mujer, de 1946); Guatemala (art. 256, cod. civ. de 1962); Costa Rica (art. 138, cod. de familia de 1972); Bolivia (art. 251, cod. de familia de 1972); Colombia (art. 62 y 288, cod. civ. reforma de 1974); La República Dominicana (art. 371.1, cod. civ. reforma de 1978); Cuba (art. 83,

cod. de familia de 1975); Venezuela (art. 261, cod. civ. reforma de 1982) y Perú (art. 419, cod. civ. de 1984).

Dirimiendo en tal motivo como la evolución en el fin perseguido por la institución, variando en gran totalidad con su antecedente y formando una nueva concepción jurídica, logrando la conservación lingüística. (Cabrera, s.f:30)

La doctrina ha definido de la siguiente manera a la patria potestad, según Mazzinghi: "[...] La patria potestad no es, en efecto, ni un poder conferido a los padres para que ellos se solacen en su ejercicio, ni una función asignada por la sociedad para que unas personas cuiden de otras. Es [...] un conjunto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales participa de las características que hemos atribuido a los derechos y obligaciones tiene su origen y su raíz en el orden natural." (cit. por Cabrera, s.f:31)

Pues bien, la patria potestad se encuentra reglada en el capítulo segundo del Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 104 hasta el 117, aun así para efectos de esta investigación se concentrará en su definición y características peculiares para el análisis del artículo 106 del código *ibídem*.

Por definición jurídica de patria potestad se entenderá según el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia: "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." (2003)

Esto conlleva a dirimir el cuidado conjunto de padre y madre, sin perjuicio de una posible eventualidad de ejercicio por uno de los progenitores, siendo en el caso concreto la separación de los progenitores o la ausencia, más allá se puede hablar también de una suspensión, limitación o privación de la patria potestad tal cual lo determinan los artículos inmersos en el rango del artículo 104 al 117.

Esta institución no solamente se rige por el Código de la Niñez y Adolescencia puesto que en el mismo código hace referencia a subsumir el Código Civil, instituciones como la representación legal, el domicilio legal, consentimiento para contraer nupcias; y todas aquellas conexas a esta institución, por cuanto el título doceavo, artículo 283 del código *ibídem* esclarece el conjunto de derechos que conlleva esta institución.¹ La patria

potestad se ejerce respecto al hijo no emancipado. Sin embargo Larrea dice que se emancipa el hijo que deja de ser menor de edad al cumplir dieciocho años, si antes no se emancipó por otras causas. De manera que se ejerce la patria potestad desde el nacimiento del hijo o hija hasta su emancipación; existiendo ciertas exclusiones según el propio Código Civil. (Larrea cit. por Wray, 1991:54)

Código Civil del Ecuador, "La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia."

Louis Josserand, coincide con el cimiento civilista ecuatoriano, al expresar que, en su criterio la patria potestad es: "El conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos." (Josserand cit. por Cabrera, s.f:32)

Respecto a las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad existe de igual manera doble regulación tanto en el Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia, esto cuando se refiere al divorcio o separación.

La regla general en el Código Civil sugiere la patria potestad a aquel progenitor cuyo cuidado quede el hijo o hija, con la salvedad de los padres de apartarse de dicha regla por mutuo acuerdo y con la autorización de un juez, la cual otorgará con conocimiento de causa. (Artículo 307 del Código Civil)

No obstante en el Código de la Niñez y Adolescencia según artículos 106 y 118, se aplican las mismas reglas para dos temas distintos, las cuales son patria potestad y tenencia, la peculiaridad de estos efectos pueden variar según la resolución, ya que se puede otorgar conjuntamente la tenencia y la patria potestad a un progenitor o algunas de sus atribuciones; o, la tenencia y la patria potestad a progenitores distintos. Hay que tomar en cuenta que este razonamiento se lo mantiene en preferencia del Código Civil, por ser el Código de la Niñez y Adolescencia una materia especial de protección de un grupo vulnerable.

"Ahora bien, en mi opinión en la actualidad se aplican las reglas del [Código de la Niñez y Adolescencia] para todos los casos en que los jueces deben resolver sobre esta materia, sea que se trate de un juicio ante los jueces de la niñez y adolescencia, o ante los jueces de lo civil como parte del juicio de divorcio. Por lo tanto las reglas del artículo 108 del [Código Civil] están tácitamente derogadas el [Código de la Niñez y Adolescencia] es una ley orgánica por tanto tiene mayor jerarquía que [el Código Civil], es una ley posterior y especial." (Simon, s.f:522)

Se continuará con la institución de la tenencia, la cual en nuestro ordenamiento jurídico de familia es conexas a la patria potestad, y aun cuando no tiene definición jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina ha conceptualizado lo siguiente: "La figura legal de la "tenencia" tiene relación con el derecho-deber de los progenitores al "*cuidado personal de la crianza de los hijos*" (artículo 268 CC) y la necesidad de resolver cuál de ellos se queda físicamente con el hijo o hija en los casos de separación o que no vivan juntos." (Simon, s.f:530)

Su peculiaridad radica en permitir mantener continuidad en el contacto entre los hijos y los progenitores cuando exista la separación de los mismos. Fundamento de ello, es la convivencia de los hijos con sus padres, con el fin de un desarrollo integral, estabilidad psicológica y un óptimo desarrollo. En este contexto se manifiesta el catedrático Simon Farith, con respecto a las dificultades que tiene que superar el progenitor masculino, es decir, cuando éste busque o presente el anhelo de la tenencia al expresar que: "Cuando el padre es el que busca la tenencia tendrá que superar varias dificultades legales además de culturales, por esto no busca demostrar que se encuentra habilitado para hacerlo, además debe descalificarse a la madre, lo que es absurdo ya que en este tipo de decisiones lo que debe primar es el interés superior del hijo o hija, no la capacidad de descalificación de los progenitores." (Simon Farith, s.f:533-534).

El catedrático Farith Simon acota también un importante detalle sobre esta institución, logrando en la misma, identificar la diferencia con respecto a la patria potestad. "De la definición legal de la tenencia queda claro que la legitimación activa de la tenencia le corresponde exclusivamente a los progenitores respecto de sus hijos o hijas reconocidos menores de 18 años, por tanto no es posible que se demande la tenencia por parte de otras personas como los familiares. En este caso la figura jurídica adecuada es la tutela." (s.f:531).

En otras palabras es válido decir que la patria potestad corresponde a todos los derechos y obligaciones que contraiga en beneficio del menor de edad a cuidado del titular, y la tenencia conlleva la mediación del menor de edad con su progenitor, el cuidado físico con la finalidad de su desarrollo integral. Es necesario revelar que la tenencia es equivalente a la guarda y custodia en otras legislaciones.

En nuestra legislación las reglas respecto a la tenencia la encontramos en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia que manifiesta: "Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior."(2003).

No obstante la norma no refiere el procedimiento o reglas a seguir en el presunto caso donde la patria potestad o la tenencia sea dividida, y más grave aún se presenta en el tema de la tenencia debido a la importancia y necesidad del menor de mantener la inmediación con sus progenitores. Para ello la doctrina sabiamente ha construido el siguiente esquema. "Existen los siguientes modelos de tenencia: tenencia alternada, tenencia dividida, el anidamiento o anidación y la tenencia compartida" (Sofía Rabelo cit. por Simon, s.f:536)

Siendo así la tenencia alternada aquella en la que cada uno de los progenitores tiene el cuidado de los menores no emancipados; de modo alternado por un período de tiempo establecido, por semanas, meses o años, partes de una semana o repartos diarios. Siendo la peculiaridad donde el progenitor a cargo asume todos los deberes y responsabilidades de la patria potestad, concluido su periodo se transfiere dicha responsabilidad al otro progenitor. (Simon, s.f)

La tenencia dividida conlleva una asignación de exclusividad a uno de los progenitores, por tanto tiene un hogar fijo, manteniendo la inmediación con el otro progenitor en periodos cortos de tiempo. (Simon, s.f)

Finalmente y con un mejor acogimiento por la doctrina y la jurisprudencia internacional, la tenencia compartida se caracteriza por el cuidado del menor no emancipado a uno de los progenitores, no obstante se dividen las responsabilidades de naturaleza legal y comparten las decisiones relevantes respecto de los hijos o hijas. (Simon, s.f)

La institución de la tenencia no es universal en todos los países como es el caso de la patria potestad. España lo regula con la institución homóloga "guarda y custodia compartida" donde prevalece una distribución de tiempo de forma diferente, para procurar que el padre y la madre puedan tener con sus hijos una relación amplia. Evitando de esta manera que exista la posibilidad de discriminación alguna bajo ningún concepto a uno de los progenitores, lo contrario a nuestra legislación puesto que se puede discriminar siempre y cuando se considere necesario y mantenga ese criterio el juez en su motivación.

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe expresamente aplicar cualquier tipo de tenencia estudiado anteriormente "se debe confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores". Por ello es importante acoger estas recomendaciones que han sido de gran eficacia para el menor y analizar nuevamente la institución de la tenencia y desarrollarla en pro del niño o niña, es así que se promueve una reforma de la institución; al existir una discriminación de género en todo su conjunto de la institución de la patria potestad.

En cuanto al derecho a las visitas conllevan intrínsecamente un derivado de las decisiones judiciales que han regulado al progenitor que no le ha correspondido el cuidado de la hija o el hijo. Aceptable por la doctrina y la jurisprudencia: "No se puede negar la complejidad que entraña la separación y por tanto se debe reconocer que la solución prevista por la ley sólo enfrenta una pequeña parte de estas dificultades, sin embargo un régimen inteligente de visitas puede minimizar los inconvenientes. [...]" (Simon, s.f:540-541).

Siendo así y llegado a este punto se reserva el profundo análisis, específicamente de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en posteriores páginas, puesto el apoyo doctrinario que infunda la posible existencia de una discriminación: "En mi opinión esta regla es un rezago de la creencia de que siempre la madre está mejor habilitada para cuidar a los hijos e hijas, en realidad la norma se aprobó

por presión de ciertos sectores especialmente conservadores que sostenían que apartarse de una regla así sería poner en desventaja a la mujer en el juicio. En un enfoque de derechos de niños y niñas la solución sería entregar la patria potestad al progenitor más apto, y no como lo hace el [Código de la Niñez y Adolescencia] asumiendo que la madre será la más competente." (Simon, s.f:523)

Más aún se debe respetar este criterio cuando la propia Constitución en su artículo 69, numeral 1, reconoce que el padre y la madre están obligados al cuidado y crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, y; con mayor razón cuando se encuentren separados sus progenitores por cualquier motivo.

De la Igualdad de los Sujetos en las Relaciones de Familia

En este contexto, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama la igualdad en su descriptivo párrafo como: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y que lo determina detalladamente en el artículo 2, por la operatividad del principio sin distinción de raza, color, sexo, idioma religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, entre otros, así se lo establece también en su artículo 7, en lo que corresponde el derecho a igual protección de la Ley incluida la protección contra toda discriminación.

En lo que compete al principio de igualdad en las relaciones de familia, la igualdad se desarrolla en el derecho a contraer matrimonio, implícito en el derecho a constituir familia, que se atribuye sin diferenciaciones, como “derecho de los hombres y mujeres a casarse”. Así se lo establece también en el párrafo 1 del artículo 16 de la Declaración Universal; como el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”, también en el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención Americana, entre otros Organismos Internacionales. Finalmente la igualdad luce entre marido y mujer y entre padre y madre y entre los hijos. El principio de igualdad en la legislación Ecuatoriana está establecido en el artículo 11, numeral 2, inciso segundo de la Constitución, que dice: “Todos sus habitantes son iguales ante la Ley”.

Continuando con la aplicación de la igualdad en las relaciones de familia, es menester analizarla desde el enfoque de la igualdad en igualdad de circunstancias. Según Finnis analiza, la igualdad es uno de los elementos en el concepto relevante de justicia, al

manifestar que la igualdad se la debe entender en sentido analógico, es decir, que puede encontrarse presente de diferentes formas y que para evitar malentendidos y malas interpretaciones es mejor pensar en una proporcionalidad o en un equilibrio (Cfr Finnis cit. por Méndez, 2006:211); se justifica de esta manera la interpretación que circunscribe la igualdad a la igualdad de circunstancias a que se aplica, posición tradicional en la doctrina y jurisprudencia argentina.

En este mismo contexto también se pronuncia Bidart Campos al manifestar que: “La regla de la igualdad no es absoluta, no obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla instituye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias y hostiles” (cit. por Méndez, 2006:211)

Este patrón de circunstancias es requerido en determinadas funciones entre los sujetos en sus respectivas familias. Por ejemplo, la de padres o entre quienes ejercen la patria potestad dentro de una familia determinada.

“Así también lo vota el doctor Fayt en sentencia de la Corte Suprema Nacional, al afirmar que la garantía de igualdad significa el derecho de todos a que no sean establecidos privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que es concedido a otros en igualdad de circunstancias, pero que ello no impide contemplar en forma distinta situaciones que no son iguales, siempre que la distinción no sea arbitraria ni obedezca a un propósito hostil”. (cit. por Méndez, 2006:211)

Pues bien, es necesario dejar en claro la definición del principio de igualdad formal vs principio de igualdad material. Para sintetizar se podría entender al principio de igualdad formal como aquel principio que establece que todos los seres humanos somos iguales ante la ley y, al referirse al principio de igualdad material a este se lo puede definir como el derecho a la equiparación a través de la reducción de las diferencias sociales. Para lograrlo, se debe aplicar medidas de acción positiva, garantizando de esta manera la igualdad real de oportunidades y de trato, en el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos. Así coincide también María Díaz al manifestar que:

“La igualdad formal –de todos ante la ley- no conflictiva con el principio de igualdad material que es el derecho a la equiparación a través de la reducción de las diferencias sociales”. (cit. por Méndez, 2006:212).

Es así que, en este contexto no se evidencia una igualdad de los cónyuges consagrada en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al manifestar que ese hombre y esa mujer admitidos al matrimonio y a fundar una familia “disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, lo mismo se establece casi textualmente en el párrafo 4 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer que: “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.”(1976). Otro importante apoyo referente a la igualdad de marido y esposa, aunque no se trata de una normativa jurídica es el que luce en la Carta de los Derechos de la Familia, cuyo artículo 2 dice: “Los esposos dentro de la natural complementariedad que existe entre hombre y mujer, gozan de la misma dignidad y de iguales derechos respecto al matrimonio”. (1984).

En este contexto la única diferencia entre hombre y mujer es la parte corpórea o física, ya que las diferentes funciones que ejercen cada uno de ellos ya sea en el ámbito social o cultural buscan complementarse hacia un objetivo común a alcanzar. María Josefa Méndez Acosta coincide también al expresar que: “La igualdad jurídica de los cónyuges expresa la igualdad humana incluida la natural diferencia entre *vir* y *muller*. De ningún modo significa que el hombre y la mujer sean absolutamente iguales sustituibles uno/a por el/la. Hay dualidad entre los sexos que convoca y permite que colaboren entre sí. Precisamente por ello es que se complementan. La diferencia es corpórea (sexo) y, secundariamente cultural (género). La igualdad de que aquí se trata tiene otros alcances y los preceptos invocados lo proclaman al referirse siempre a “hombre” y “mujer”, correlativos de “marido y “esposa”, únicos aptos para integrar la pareja conyugal” (2006:214).

Al referirse a la igualdad de padre y madre, en lo que atañe a deberes o derechos de éstos, lo encontramos en varios textos de las Declaraciones de Derechos Humanos al emplear expresiones genéricas. Un ejemplo de este tipo lo encontramos en la Declaración

Americana de los Derechos del Hombre en la cual se dispone que: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad”, (artículo XXX, 1948).

Para lograr este cometido es necesario que el Poder Legislativo promueva y provicione los instrumentos efectivos de nivelación social entre los progenitores. Es decir, aplicar medidas de acción positiva para garantizar una igualdad real de oportunidades y derechos en un ámbito social. Estas medidas permitirán la plena vigencia del principio de igualdad en cuanto a las relaciones entre padre y madre corresponde, en otras palabras, se alcanzará una igualdad formal que no suponga una contradicción de principios legales y constitucionales.

El Principio “No Dañar” en las Relaciones de Familia

Ahora bien, dentro de las relaciones intrafamiliares, en tratándose de la custodia de los menores, cabe analizar si la separación y las consecuencias de esta pueden suponer la consecución de un daño material o inmaterial a los miembros que integran la familia, que a los ojos de la Justicia puede ser objeto de reparación.

En este contexto, la acción antijurídica imputable no es punible si no ocasiona un daño y tampoco dará lugar a un resarcimiento si no media daño para resarcir. Es decir, si no se lesiona un derecho subjetivo o una facultad. Al respecto el Maestro Ciuro Caldani manifiesta que de acuerdo al criterio trialista, la noción sociológica de daño, se relaciona con el menoscabo de un interés, normológicamente con la violación de un derecho subjetivo, al expresar que dikológicamente significa: “un menoscabo en la esfera de la libertad para personalizarse y, en concreto, de los valores que en última instancia constituyen la persona”. (cit. por Méndez, 2006:362).

Por varias décadas se ha discutido sobre la posibilidad de indemnizar a las víctimas del cuadro familiar, cuando el daño ha sido producido por uno de los miembros de la familia. Así, se puede citar al culpable de la separación o el divorcio o, al padre que se ha rehusado a reconocer al hijo. Está por demás demostrar que las causales de divorcio lesionan derechos subjetivos del cónyuge ofendido como es su derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la de sus hijos, su derecho a la fidelidad del consorte, a la convivencia, a ser moral y materialmente asistido entre otros.

En ambos casos, se puede vislumbrar una posible vulneración que, a pesar de generar conflicto y daños a los miembros de la familia, no ha logrado ser reconocido en la legislación civil y de familia. En este contexto, como lo ha citado María Josefa Méndez Costa en su obra El Principio “No Dañar” en las Relaciones de Familia en el capítulo XII, al manifestar que se genera una contraposición de principios constitucionales, considerando por una parte, el principio de no hacer daño a nadie y por otra parte el principio de la protección de la familia; es decir, el interés del dañado y el interés familiar.

Ante esta antinomia, cabe distinguir que el Neoconstitucionalismo provee herramientas propias de la argumentación jurídica; entre ellas, la ponderación, las mismas que podrán distinguir la prevalencia de dos principios fundamentales antagónicos en una relación jurídica.

Por otra parte, ya en la legislación y justicia Ecuatoriana, aún no se ha previsto la reparación del daño causado entre los miembros de la familia; separando por supuesto, la imposibilidad de sucesión a favor del padre que no reconoció al hijo, o la pensión alimenticia que debe aportar el padre o madre a fin de mantener al hijo en las mismas condiciones en las que vivía antes de la separación. En el primer caso no existe un beneficio directo al afectado y, en el segundo caso, el objeto no supone un beneficio al menor, sino que procura mantener las condiciones en las que vivía antes.

En otras palabras, queda un largo trecho, en el ámbito legislativo, y el ámbito judicial, para llegar a un pleno reconocimiento y resarcimiento del daño causado a los menores por causa de separación de sus progenitores.

Análisis de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Al realizar un análisis de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de la legislación Ecuatoriana, se colige que dentro de las reglas en mención existe una vulneración a la igualdad formal, como principio y derecho fundamental, y más aun dentro del numeral 4, donde fácilmente se puede evidenciar la vulneración al derecho a la igualdad formal. Constantemente, se justifica el detrimento de la igualdad formal cuando existe la aplicación de la igualdad material, que como se dijo antes, implica una compensación para combatir una determinada desigualdad, aunque en el fondo implica también una diferenciación.

Esta confianza depositada sobre la madre, desde el constitucionalismo puro, es un detrimento a la igualdad formal, es decir igualdad ante la ley que no puede justificarse a través de la igualdad material, por cuanto no es un acto considerado acción afirmativa. En otras palabras, no busca equiparar una notoria desigualdad, sino que al contrario, es una desigualdad formal que responde a ideas patriarcales con distinción de género y que en muchos casos, desconoce el papel de responsabilidad del padre, subordinándolo al de la madre, que en el espíritu de la ley es considerado de “*mejor calidad.*”

En el presente caso, se ha visibilizado la vulneración a la igualdad formal, mas no ha sido posible justificarla a través de la igualdad material, todo cuanto dicha preferencia no intenta equiparar una desigualdad sino que responde de manera estricta a construcciones sociales que devienen de estructuras e ideologías patriarcales que suponen a su vez una discriminación de género.

Respetar al ser humano sin importar el sexo, identidad de género, orientación sexual, estado civil, es una obligación moral y jurídica. Esto significa, además, que cualquier tipo de discriminación, no solo en los temas señalados, sino también por el lugar de nacimiento, discapacidad, diferencia física, estado de salud, pasado judicial, etc., no es permitido. Toda persona es igual ante la ley, y goza de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Las mujeres y los hombres, al menos en los últimos cien años, han luchado para mejorar las condiciones de vida. Tanto ellas como ellos se han destacado en la ciencia, literatura, medicina, física, política, deporte; es decir, en todos los ámbitos del quehacer humano. Se ha trabajado para la humanidad, no para un género en específico.

Lo que hasta hoy se ha alcanzado, no se debe al género masculino, ni tampoco al femenino. Es obra de todos. Pero empieza a verse discriminación en contra de los hombres... ¡sí, de los varones!, a pesar de que la Constitución prevé la igualdad; la no discriminación (artículos 3, 11, 19, 66). Pero la verdad es... que los hombres son discriminados por la ley y por la práctica judicial cuando se trata de la tenencia y cuidado de los hijos.

El Código de la Niñez dispone que una vez que los hijos hayan cumplido 12 años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y

madurez psicológica. Pero, “si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre” (artículo 106). Es ahí donde la discriminación contra los varones empieza. A propósito de esta norma ciertas madres se creen dueñas de los hijos, y en ocasiones no permiten que el padre los visite, peor que salgan a estar unas horas con él y la familia paterna. ¿Por qué no una custodia compartida?, así se evita discriminación, y se beneficia a los hijos.

Esta norma obstaculiza el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, genera denegación de justicia. Viola la Constitución y tratados internacionales. Consigue mantener estereotipos sexistas (el hombre proveedor, la mujer cuidadora). En pocas palabras, esta disposición legal, influenciada por grupos de “mujeres femeninas”, perpetúa las diferencias que poco a poco se han superado entre hombres y mujeres. Atenta contra el derecho de los niños.

Aunque usted no lo crea, muchos hombres recurren a jueces para solicitar se cumplan las disposiciones en favor de la tenencia de los hijos, que ciertas madres deciden no observar para chantajear al padre. ¡Cuántas veces las madres dejan a sus hijos en casas de amigas, y no al cuidado de aquel buen progenitor que desea estar con ellos! En esta parte, la legislación es discriminatoria en contra de los varones.

Legislación Ecuatoriana.- Definición.

(<https://www.elcomercio.com/opinion/hombres-discriminados.html>. , 2019)

Es el conjunto de leyes de un Estado, entendiéndose por leyes, según Planiol, las reglas sociales de carácter obligatorio, impuestas por la autoridad pública de modo permanente, y que se hallan sancionadas por la fuerza, ejercida a través del poder estatal.

La legislación cumple un rol fundamental en el mantenimiento del orden social dentro de una comunidad, siendo para el filósofo Rousseau, la institución humana de mayor relevancia, ya que sin leyes nadie podría estar seguro. A la vez que limitan nuestra libertad, ya que nos prohíben ciertas conductas o sancionan omisiones, nos protegen contra el exceso que otros pudieran cometer sobre nuestros derechos. Ejemplo: "La ley no me permite robar, pero, por suerte, eso me asegura que si otros intentan apropiarse de lo mío, serán castigados".

La elaboración de las leyes en sentido formal, es una potestad privativa del Poder Legislativo, nacida de la clásica división de poderes elaborada por Montesquieu. La aplicación de la legislación le corresponde al Poder Judicial, para ejercer el control un poder sobre el otro, y que ninguno pueda abusar de sus potestades.

Las leyes en sentido material son las normas escritas que las autoridades competentes han sancionado en ejercicio de sus funciones, como la Constitución Nacional, las constituciones provinciales, las leyes nacionales, emanadas del Poder Legislativo nacional, y las normas generales que dictan las legislaturas provinciales, los decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo, los edictos policiales los reglamentos de la Corte Suprema y las Acordadas de las Cámaras de Apelaciones (en la República Argentina).

En sentido formal, son las normas que emanan de los poderes legislativos nacionales o provinciales, y llevan un número identificatorio.

Las leyes que regulan una determinada actividad, por su contenido, se agrupan en distintas legislaciones, y muchas veces son objeto de codificación. Así hablamos de legislación penal, procesal, civil, comercial, etcétera. También hablamos de legislación cuando agrupamos las que dicta cada Estado para regir en su territorio, como legislación, argentina, mexicana, uruguaya o española, o legislación internacional cuando por medio de tratados, los Estados adoptan normas comunes a aplicar en sus países. Ejemplos: "La legislación penal fue recopilada en un código específico", "Nuestra Constitución Nacional ha recogido como propias, legislaciones internacionales, en la que ha sido parte" o "Como mi caso se trata de un problema que tuve con mi patrón, deberé ampararme en la legislación laboral"

Legislación comparada es el análisis de las leyes que rigen sobre distintas materias en los Estados del mundo, a efectos de establecer sus similitudes y diferencias en el tratamiento legal de las cuestiones, ya que cada Estado tiene potestad y soberanía para dictar sus propias leyes.

Familia.- Definición, tipos.

Una familia es un grupo de personas unidas por el parentesco. Esta unión se puede conformar por vínculos consanguíneos o por un vínculo constituido y reconocido legal y socialmente, como es el matrimonio o la adopción.

La familia es la organización social más importante para el hombre: el pertenecer a una agrupación de este tipo es vital en el desarrollo psicológico y social del individuo.

El concepto de familia ha ido sufriendo transformaciones conforme a los cambios en la sociedad según las costumbres, cultura, religión y el derecho de cada país. Durante mucho tiempo, se definió como familia al grupo de personas conformadas por una madre, un padre y los hijos e hijas que nacen a raíz de esta relación.

Sin embargo, esta clasificación ha quedado desactualizada a los tiempos modernos, ya que actualmente existen varios modelos de familia. Hoy la familia se entiende ampliamente como el ámbito donde el individuo se siente cuidado, sin necesidad de tener vínculos o relación de parentesco directa.

La relación de parentesco se puede dar en diferentes niveles. Esto lleva a que no todas las personas que conforman una familia tengan la misma cercanía o tipo de relación. Por ejemplo: la familia nuclear es el grupo conformado por una pareja y sus hijos, mientras que la familia extensa incluye a los abuelos, los tíos, primos.

Tipos de familias.-

Familias monoparentales. Conformadas por uno o más hijos y la madre o el padre. Este tipo de familia puede darse a raíz de una separación, de la decisión de ser padre o madre soltero/a o de haber enviudado. Por lo general, con el tiempo estas familias dan lugar a la nueva unión de los padres, formando así las familias ensambladas.

Familias biparentales. Conformadas por una pareja y su hijo o hijos. La unión de la pareja puede darse por vínculo sentimental sin necesidad de contraer matrimonio. Pueden ser heteroparentales (conformadas por parejas de distinto sexo y sus hijos) homoparentales (conformadas por parejas del mismo sexo y sus hijos).

Familias ensambladas. Conformadas por dos personas que se unen y una de ellas (o ambas) ya tiene hijos o hijas. Las familias ensambladas son dos familias

monoparentales que, por medio de una relación sentimental de la pareja, se unen dando lugar a la conformación de una nueva familia.

Familia de acogida. Conformadas por menores que no son descendientes de los adultos, pero han sido acogidos legalmente por ellos de forma urgente, temporal o permanente.

Importancia de la familia.-

El entorno familiar influye notablemente en el desarrollo emocional y social.

El derecho a la familia es uno de los derechos humanos fundamentales. La familia es considerada el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, allí el individuo establece sus primeros contactos sociales y culturales: los primeros aprendizajes (caminar, hablar, relacionarse con los otros) comienzan en el hogar.

Se dice que la familia es la base de toda sociedad, ya que dentro de ella los adultos educan y transmiten **valores** a los niños y niñas que la conforman. El entorno familiar influye notablemente en el desarrollo emocional y social de las personas, y puede motivar o condicionar a los miembros.

La inteligencia emocional adquirida, los sueños y miedos provienen del impacto del entorno familiar en el individuo. Los ambientes familiares violentos y problemáticos suelen influir negativamente en el desarrollo personal y social de las personas.

Independientemente de la forma o estructura que tenga cada familia, **es** fundamental que funcione como espacio de contención, ayuda, comprensión y comunicación para el desarrollo del potencial y las habilidades de los miembros.

Características de la familia

- ✓ Constituye la base de toda sociedad.
- ✓ Es una estructura social universal que se encuentra en todos los tipos de culturas y sociedades; en cada una de ellas varía su forma o estructura, pero se mantienen las características importantes.
- ✓ Generalmente surge por lazos sanguíneos, legales o emocionales.
- ✓ Puede surgir a partir del matrimonio o la unión conyugal (en algunas sociedades es legal la poligamia).

- ✓ Posee bases de organización económica.
- ✓ Constituye la base de trasmisión de educación y valores: los miembros comparten costumbres y tradiciones que suelen ser transmitidas de generación en generación. Sus miembros poseen el desafío de superar en conjunto retos y dificultades.

Valores familiares

Los valores son cualidades, principios o virtudes que un individuo desarrolla y que son importantes para su crecimiento personal y social. Existe una serie de valores fundamentales que es importante que todas las familias transmitan a hijos e hijas para el desarrollo armónico de la familia y de la sociedad.

Afecto.- Es la base de la armonía familiar. El amor y el afecto justifican y posibilitan el desarrollo de todos los demás valores. Consolidar un ambiente familiar de afecto depende de la capacidad de sus miembros para dar y recibir el amor del prójimo.

Comprensión.- Implica ponerse en el lugar del otro para comprender su accionar y sus emociones. Es un valor importante para transmitir, ya que los niños aprenden las diferencias entre los demás y las aceptan.

Respeto por la individualidad.- Implica respetar las decisiones y formas de actuar de los demás sin juzgarlas y teniendo en cuenta la libertad. Es un valor clave para toda relación humana. El respeto por las diferencias dentro de la familia crea un ambiente sano y desafiante.

Compromiso.- Implica contar con el accionar de todos sus miembros ya que la convivencia armónica dentro de la estructura familiar depende de ese compromiso. Es importante que se tome conciencia sobre la importancia de colaborar con el bienestar familiar.

Responsabilidad.- Implica que las acciones personales pueden repercutir de manera negativa en el bienestar familiar. Ser responsable es actuar teniendo en consideración al otro.

Comunicación.- Es la base de toda relación social, por lo tanto, es un valor clave dentro de la familia. Escuchar las opiniones ajenas, transmitir inquietudes y compartir experiencias resulta importante para mantener un equilibrio dentro de la familia y lograr que todos los miembros se sientan parte.

Justicia.- Implica dar lo que corresponde a cada uno y es importante para que todos los integrantes de una familia se sientan parte de ella.

Tolerancia.- Implica respetar las opiniones, ideas o acciones de los demás miembros de la familia, aunque no coincidan con las propias.

Honestidad.- Implica utilizar la verdad en todo momento para desarrollar ambientes de comunicación, respeto y justicia. La honestidad es uno de los valores más importantes para crear lazos que se basen en la fidelidad y en la confianza.

Divorcio y separación.-

Cuando la situación es insostenible y te planteas cómo poner fin a tu relación matrimonial. O bien, puede que sobre tu mesa estén los papeles del divorcio y pienses que aún hay solución.

Si tienes que enfrentar una posible ruptura de tu relación de pareja es necesario que antes de tomar una decisión tu cónyuge y tú os planteéis qué opción os conviene: ¿divorcio o separación? La diferencia es más grande de lo que puedes pensar.

En este artículo te explicamos cuáles son las diferencias entre la separación matrimonial y el divorcio.

Vamos a analizar por un lado los puntos en común que tienen el divorcio y la separación, y por otro las consecuencias que hacen que **sean caminos muy distintos**. El primero es un grupo mucho más amplio que el segundo, pero las conclusiones de este último son determinantes para el futuro.

Cese de la convivencia

El principal punto en común entre separación y divorcio es que ambas fórmulas implican el cese de la convivencia.

Los cónyuges no pueden vivir bajo el mismo techo, y además se aplicará la revocación de los poderes y consentimientos otorgados el uno en el otro.

Por supuesto, el hecho de no convivir implica muchas más cosas que configuran las características comunes de separación y divorcio.

Liquidación del régimen económico

En ambos casos el régimen económico matrimonial queda disuelto por lo que se procederá a liquidar los bienes y hacer un reparto, que vendrá determinado por la fórmula económica por la que se rigiese el matrimonio.

Es cierto que en este punto hay pequeños matices entre divorcio y separación, pero los efectos son los mismos en ambos casos.

En el caso de que el régimen económico del matrimonio fuese el de gananciales la división de las propiedades será más compleja, mientras que si se trata de separación de bienes las cuentas son más fáciles.

En las dos situaciones lo recomendable es contar con un abogado especialista en Derecho de Familia para poder garantizar tus derechos.

Hay que tener en cuenta que existen bienes privativos y bienes gananciales, por lo que cuando se haga el inventario hay que considerar cuáles son de uno y otro tipo para saber por dónde dirigir el reparto.

La relación con los hijos

El tercer gran punto en común está relacionado con los hijos en común en una separación o un divorcio.

No es ningún secreto que cuando se produce una ruptura matrimonial los hijos son víctimas colaterales, y la Justicia trata de defenderlos porque son quienes más desprotegidos quedan, especialmente si son menores de edad, buscando preservar siempre el interés superior del menor.

Por ello, ambos cónyuges deben establecer:

- Tipo de guarda y custodia
- Régimen de visitas
- Pensión alimenticia
- Cualquier otro aspecto relacionado con el cuidado y atención de los menores

En el caso de que no exista un acuerdo entre las partes será el juez quien se encargue de organizar este apartado.

Hay que recordar que quien se encargue de la custodia será generalmente quien tenga derecho al uso de la vivienda familiar, siendo el otro cónyuge el obligado a marcharse.

Si se trata de una custodia compartida caben muchas opciones porque es un régimen más flexible y que se adapta mejor a las necesidades de progenitores y descendientes.

Tanto en la separación como en el divorcio **es** necesario que toda la información y acuerdos queden reflejados en el convenio regulador que se debe presentar ante un juez para recibir su aprobación.

Este es el documento clave y, aunque en el futuro se puede modificar, marca la pauta de cómo será la relación entre las partes a raíz de su ruptura, además de registrar el reparto económico y las pensiones compensatorias, si las hubiera.

Separación o divorcio: ¿de mutuo acuerdo o contencioso?

Algo que comparten también la separación y el divorcio es el hecho de cómo se llega hasta esa ruptura. Existen dos formas: de mutuo acuerdo o por vía judicial (también llamado contencioso).

Mutuo acuerdo.- Lo ideal, según indican los abogados especialistas, es realizarlo de mutuo acuerdo.

No solo es más rápido sino también **más barato**, menos lesivo para las partes, y menos traumático si hay menores en común.

De lo que se trata es que los cónyuges tengan la capacidad para sentarse y hablar sobre las condiciones de la ruptura. Y poder llegar a un acuerdo, que presentarán ante el juzgado para que la autoridad lo aprueba.

En este punto, puede ser muy útil acudir a un procedimiento de mediación familiar para lograr el entendimiento que permita llevar a una separación o divorcio de forma amistosa.

Vía contenciosa

En el caso de no llegar a ese entendimiento se acudirá a la vía contenciosa donde será un juez quien establezca todos los aspectos relacionados con la disolución o separación de ese matrimonio.

Además de que la vía contenciosa supone un mayor coste económico y un proceso más largo, otra desventaja importante es que quedará en manos del juez determinar las medidas, corriendo el riesgo de que la resolución no deje satisfecha a ninguna de las partes.

Tanto en caso de separación como de divorcio, para poder solicitar la ruptura matrimonial se deben cumplir tres meses desde la celebración de ese matrimonio, salvo en casos extremos como son aquellos en los que se tema por la vida o la integridad física o moral del cónyuge que lo solicite o de los hijos e hijas en común.

No es necesario alegar causa alguna para solicitar el divorcio, ya que desde 2005 quedaron suprimidas las causas de divorcio.

Principal diferencia entre la separación y el divorcio

Como dijimos, hay menos diferencias que puntos en común, pero las que hay son decisivas.

La separación matrimonial deja la puerta abierta a una posible reconciliación mientras que el divorcio supone una ruptura definitiva. Te explicamos cómo.

La separación matrimonial no pone fin al matrimonio

La separación no pone fin al matrimonio, y ambos cónyuges seguirán siendo considerados marido y mujer.

Separados, pero con ese vínculo activo, lo que implica que ninguno de ellos podrá volver a casarse, ni entre ellos ni con terceras personas.

Una separación hace más fáciles los trámites, desde todos los puntos de vista (también el económico, ya que se volverá a crear la sociedad, aunque en régimen de separación de bienes salvo que se establezca lo contrario), para volver a estar juntos.

El divorcio pone fin al matrimonio de forma definitiva

En caso de divorcio la disolución del matrimonio es total y ambas partes quedan libres para rehacer su vida con quien deseen.

Incluso existe la posibilidad que esas dos personas decidan de nuevo volver a estar juntas, pero para formalizarlo tendrán que celebrar de nuevo matrimonio.

Tenencia.- Definición y clasificación, (Merino., 2016)

Lo primero que vamos a hacer antes de entrar de lleno en el esclarecimiento del significado del término que nos ocupa es conocer su origen etimológico. En este caso, podemos decir que deriva del latín, que puede traducirse como “posesión de algo” y que es fruto de la suma de varios componentes de dicha lengua:

El verbo “tenere”, que puede traducirse como “retener”

Se denomina **tenencia** al hecho de tener la **propiedad** de algo. Quien cuenta con la tenencia de un objeto, por lo tanto, lo posee o lo controla de alguna manera. Por ejemplo: *“Un hombre fue detenido frente a una escuela por tenencia de drogas”, “La cantante y su ex marido ya acordaron la tenencia compartida de sus dos hijas”, “El gobierno impulsa un proyecto de ley sobre la tenencia de armas”.*

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

La **tenencia de armas**, por otro lado, se vincula a disponer de armamento. La **ley** estipula las condiciones para poseer armas: aquella persona que viola las normas, estará incurriendo en un delito por tenencia ilegal de armas.

De la misma manera en muchas ocasiones escuchamos en los medios de comunicación que alguien ha sido detenido por tenencia ilícita de armas. Esto lo que significa es que el apresado contaba en su poder con armas que están consideradas legalmente prohibidas.

La **tenencia de drogas** también suele considerarse ilegal. Aunque depende del tipo de **droga** y de la cantidad, muchas veces se estima que aquel que tiene estas sustancias en su poder lo hace con la intención de comercializarlas, algo que está prohibido.

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

Hijos.- Definición

Un hijo (del latín *filius*) o una hija es el descendiente directo de un animal o de una persona. Los hijos pueden ser biológicos o fruto de la adopción. Si hay más de un hijo en la misma familia, se denominan hermanos entre ellos.

En algunas poblaciones, es la máxima distinción honorífica que se puede otorgar a sus conciudadanos. Dependiendo de si se otorga a una persona natural o no de la localidad, el título se denomina «hijo predilecto» o «hijo adoptivo». Normalmente, a ambos se les confiere el mismo rango.

Usos particulares del término Hijo.

En muchas sociedades preindustriales y en algunos países actualmente con una economía basada en la agricultura, se asignaba – y todavía hoy en día – un valor más alto a los hijos más que a las hijas, teniendo estos un status social mayor.

En las sociedades que practican la primogenitura, los hijos acostumbran a heredar antes que las hijas.

Usos particulares del término Hijo.- También se usa el término «hijo» en otros contextos. Por ejemplo, una persona respecto a su país o su ciudad natal, una obra producto del ingenio o como expresión de afecto entre personas que se estiman mucho.

Símbolo religioso.- En el cristianismo, «el Hijo» hace referencia a Cristo, por ser «Hijo de Dios.

El hijo pródigo.- Se denomina así al hijo que vuelve al hogar paterno, tras haberla abandonado durante un tiempo tratando de independizarse.

Honores y distinciones.- En algunas poblaciones otorgan como máxima distinción de honor y distinción el título de «Hijo Predilecto» o «Hijo adoptivo» dependiendo si el agraciado es natural o no de la población.

Tenencia de los Hijos.- definición

La **tenencia** es el encargo del juez a uno de los padres para que asuma el cuidado y crianza de su hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad. Es la responsabilidad que asume uno de los padres para velar por el normal desarrollo de su hijo.

La **tenencia**, en tanto, corresponde a quien ejerce la convivencia diaria con los **hijos** y, a falta de acuerdo entre el padre y la madre, será asignada por juez. ... Y la **tenencia** otorgada a un familiar será concedida por un juez en caso de ausencia o imposibilidad del padre o la madre.

Diferencia entre Tenencia y Patria potestad.-

La **patria potestad** es una de las instituciones más relevantes del Derecho de Familia, esta se puede definir básicamente como el deber y derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores. ... En realidad, la **tenencia** es un atributo de la **patria potestad**, pero no es lo mismo que esta.

La Tenencia compartida.-

La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados o divorciados, en atención a

consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca del bienestar esto es, protegiendo el interés superior del niño, niña y adolescente resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Si los padres se encuentren separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determinara de común acuerdo con ellos y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente tomando en consideración que se debe escuchar la opinión del niño, niña y adolescente.

La Tenencia y custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones, de derechos y deberes sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos. Este tipo de custodia la establece, en su caso, el juez, en la sentencia que dicte las medidas aplicables a la separación o divorcio.

De cualquier modo todas las definiciones redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales de esta manera los niños, niñas y adolescentes gozaran el cariño de sus progenitores después de una separación o divorcio de sus padres.

La Tenencia Compartida y la Doctrina Favorable

Frente a la posición que sostenía que la tenencia debía ser otorgada unilateralmente, ante la situación de divorcio o separación, criterio aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, aparece otra corriente que cuestiona este principio, y más allá del dogmatismo surge como una necesidad de los distintos involucrados, a partir de los aportes de las distintas disciplinas como la psicología y la sociología.

El deseo de compartir ambos padres aun siendo no convivientes lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y el de estos últimos, de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera esta nueva forma de tenencia.

Se la define como aquella que: “consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes”. Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres que se comprometen a ello, con respeto e igualdad.

En la misma, uno de los padres puede detentar la tenencia material o física del hijo, pero el que no detenta la tenencia física, participa de manera efectiva en ella, capaz de decidir directamente en la educación, religión, cuidados de salud, recreación y estudios, es decir participan activamente de la vida del hijo en pos de su bienestar.

Si hay acuerdo entre los padres, son ellos los que están en condiciones de establecer cuál es el mejor interés del hijo, basados en su autonomía personal para concretar juntos el proyecto de vida pensado para su hijo menor.

Las forma de llegar a este tipo de tenencia son:

- a) Por decisión judicial, sin que los padres lo hayan requerido,
- b) Por petición de uno solo de los padres;
- c) Por acuerdo de ambos;
- d) Cuando es la forma que la ley establece para la tenencia de los hijos.

La figura de la tenencia compartida puede aparecer como una respuesta a una realidad sociológica del grupo familiar de nuestro tiempo, Así como se han modificado las funciones y roles de la familia dentro del matrimonio, ésta también seguramente ha sufrido los mismos cambios cuando el vínculo conyugal está disuelto. Las funciones de cuidado de los hijos ya no sólo están a cargo de la mujer, sino de ambos progenitores, dado que la mujer ahora también aporta al hogar con su trabajo fuera del hogar.

Se puede encontrar en este sistema una forma de promover la coparentabilidad. Es un camino mucho más difícil de seguir, la responsabilidad es compartida en lo emocional y físicamente. Los dos deberán atender a sus necesidades primarias, ser un “papá” con algo de “mamá”. Sobre todo si el hijo es muy pequeño. Pero no hay que desmerecer al hombre, que también “puede”, cuando el amor por su hijo lo impulsa, pese a la separación, intentan mantener un funcionamiento que garantice a los vástagos una socialización construida sobre la base de las dos figuras parentales. La asunción compartida de algunos derechos-deberes originados en el vínculo paterno-filial o efectuar una división pormenorizada de actividades a cargo de uno y otro de los progenitores, esta tenencia tiene ventajas y desventajas para los padres y para los hijos.

Las ventajas para los padres son: que ambos son guardadores, calificación en la aptitud, equiparación en el tiempo libre, comparten gastos de manutención y hay mayor cooperación.

Las desventajas son: mayores costos; permanencia en el mismo lugar o ciudad; constante adaptación y necesidad de un empleo flexible. Con respecto a los hijos, las ventajas se traducen en: convivencia igualitaria con sus padres; inclusión en el nuevo grupo familiar de cada padre; no hay padres periféricos; mayor comunicación; menos problemas de lealtades y buen modelo de roles parentales.- En cuanto a las desventajas se refieren a adaptación a dos casas y problemas prácticos y logísticos.

La doctrina favorable a esta tenencia compartida es analizada por distintos autores, entre ellos, la Dra. Cecilia Grosman cuando desarrolla el tema sosteniendo: que ante la falta de prohibición legal es facultativo para los cónyuges efectuar acuerdos de este tipo, siempre y cuando no fueren perjudiciales para el menor.

El Prof. Enrique Díaz de Guijarro se pronuncia por una permanente y efectiva relación de los hijos con ambos progenitores después del divorcio o separación, y que ambos participen de la organización y vigilancia de los hijos. Que no se debe modificar ninguno de los derechos y obligaciones de la patria potestad, y que la tenencia no constituye una restricción a la co-educación y a la compañía del otro progenitor, por ser la esencia única y común de la filiación.

La Tenencia Compartida en la Jurisprudencia

En principio, la jurisprudencia juzgó negativo el deseo del padre de gozar de la tenencia compartida, aplicando sólo la regla de la tenencia unilateral, regulada por la ley, mediante la homologación de los acuerdos presentados por los esposos o por decisión de los jueces.

En la actualidad, la situación de tenencia compartida no es la más frecuente y fallos sobre el particular no abundan. Sin embargo, se pueden recoger una jurisprudencia vacilante, que en los últimos tiempos parece orientarse a homologar acuerdos de progenitores que satisfaciendo el interés filial, resuelve la tenencia compartida.

La jurisprudencia ha elaborado en el transcurso del tiempo, pautas para la atribución de la tenencia que tienden a preservar el interés superior del niño y se resumen en los siguientes ítems:

1. El mantenimiento del lugar físico, la situación existente, el barrio y la escuela.
2. La improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados, salvo poderosas razones que así lo aconsejen.
3. La preservación de la convivencia con los hermanos para no distorsionar el grupo familiar.
4. Las incidencias de factores económicos.
5. La edad, condiciones de vida materiales y espirituales de los progenitores. Todas deben ser analizadas y valoradas por el juez, sin perder de vista el interés superior del niño, buscando el justo equilibrio.
6. La opinión del niño, es un deber para el juez oírlo, cuando la edad lo permita, por ser la persona sobre cuya existencia va a tomar decisiones trascendentales. Para valorar esa opinión debe tenerse en cuenta la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos.

Tenencia y Custodia Compartida

Es un término que siempre se habla, lamentablemente no está legalizada la custodia compartida en el Ecuador, pero antes de analizar esta contrariedad, leamos un concepto de Custodia Compartida: “La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”.

Durante el matrimonio la tenencia de los hijos comunes es compartida. Ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos, cuando la pareja se divorcia el peor problema a resolver suele ser la Tenencia compartida de los hijos.

La Tenencia es física mientras que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad es decir a cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un "visitante", le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personal.

La ley y la jurisprudencia establecen que para hijos menores la Tenencia es de la madre, contemplando el desolado cuadro del padre "no conviviente" para el cual sólo se reservan las "visitas" y el pago de los llamados "alimentos".

Generalmente es la madre quien queda con la tenencia de los hijos, y también con todas las responsabilidades que las tareas de crianza implican. Los "alimentos" en breve resultan insuficientes y la madre comienza a alienarse tratando de generar ingresos y de criar a la vez, volcando su ira contra su ex-cónyuge, alimentando culpas con los hijos y postergando su propia vida afectiva y personal.

La tenencia compartida, para situaciones como la descrita, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el "confort psicológico" de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza, y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo.

En el Ecuador solo existe un tipo de custodia, la custodia no compartida, esta se le da con prioridad a la madre del menor y si el padre desea la custodia, deberá de entablar una demanda de custodia, en la cual debe de justificar que el menor corre riesgo sus derechos al estar con su madre.

Y es que es común que los cónyuges divorciados no estén en acuerdo acerca de cuál de los dos debe tener la custodia de su hijo, motivo por el cual solicitan ante un juez que evalúe a quién otorgarla y los arreglos necesarios para las visitas a los pequeños.

En nuestro país existe el Código de la Niñez y Adolescencia, que es la herramienta principal para defender sus derechos, y establecer derechos y obligaciones de los padres, en varios sucesos como lo es un divorcio. De acuerdo con el Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia.-

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, podemos decir que, muchos padres creemos que la mejor solución para que no se de este fenómeno que es muy común en nuestro país, es la existencia de una Tenencia compartida, en donde ambas partes tengan responsabilidad de la crianza de sus hijos, en donde a pesar de la separación de pareja, no exista una separación de sus responsabilidades como padres, una Tenencia que demuestre una verdadera igualdad de género. (Código de la Niñez y la Adolescencia, 3 de Enero de 2003. Última modificación: 07-jul.-2014)

Todas las personas tenemos derecho a ver crecer a nuestros hijos, sin depender si exista o no la unión con la mamá o papá del menor, lamentablemente las leyes del país dan la custodia a solo a una de las partes, restándole varios derechos a la otra parte es decir las autoridades deberían de analizar la legalización de la custodia compartida en el país, siempre se le ve a la madre como el género más afectado en una separación y la cual debe de ser quien sea la responsable de la crianza de los niños dándoles la custodia. No se analiza el efecto producido en los papas al considerarse un género “más fuerte”

En materia de Derecho a nivel Nacional e Internacional, la Tenencia compartida es la mejor solución para los menores en caso de separación o divorcio. Hasta ahora la

custodia compartida solo se atribuía cuando así lo solicitaban ambas partes de mutuo acuerdo, pero a raíz de las Sentencias realizadas y de la intención por parte del Ejecutivo de eliminar el carácter excepcional de la custodia compartida se permitirá al Juez decretarla aunque ninguno de los padres la haya solicitado siempre que este estime que así se beneficia al menor, no se debe olvidar que en un proceso de separación o divorcio, en numerosas ocasiones la situación de tensión entre ambos progenitores es extremadamente alta y pedirles de repente que colaboren en bien de su hijo puede ser complicado. Cada unidad familiar tiene su estructura compleja, que debe obligar a los Jueces y Tribunales a huir de generalidades, por este motivo la custodia compartida no es deseable o indeseable por sí misma. Los presupuestos básicos para que una custodia compartida sea beneficiosa pasan siempre por la condición de que entre los padres exista la posibilidad de negociación y diálogo para resolver la multiplicidad de decisiones que han de tomar en la vida diaria respecto de los menores.

El comportamiento precedente de los progenitores respecto a sus relaciones con el menor, las actitudes personales del padre y de la madre; el número de hijos; el cumplimiento por parte de cada progenitor de sus deberes para con sus hijos y el respeto mutuo en las relaciones personales de ambos progenitores serán requisitos necesarios para un buen funcionamiento de la custodia compartida.

En el ámbito social, la falta de acuerdo de los padres de familia con respecto al cuidado de sus hijos, por la confusión de las relaciones como pareja y de padres, debido principalmente a la falta de orientación de las leyes como la de la Niñez y Adolescencia, que son de competencia social, aparte de la necesidad del apoyo terapéutico ocasiona que los conflictos familiares se judicialicen entrando de esta manera a la pelea, litis o contienda que en tema de familia es desastrosa en cuyo caso el Estado a través del sistema de justicia debe garantizar el respeto al interés superior de los niños y adolescentes. El asesoramiento inadecuado por parte de los profesionales del Derecho, al tratar el tema de familia de la misma forma que los otros temas legales, sin un enfoque de derechos, género y sobre todo en el que no se promueve un acuerdo entre las partes, fomentando el deterioro de las relaciones familiares a través de la pelea legal en la que lo único que interesa no es el bienestar de los niños, niñas y adolescentes sino el de ganar el juicio a toda costa.

Juicios de tenencia sin la intervención de la Oficina Técnica, producen la inobservancia e inaplicabilidad en la práctica del principio del interés superior del niño,

debido a la falta de intervención de profesionales especializados, que puedan elaborar informes para que los jueces puedan contar con suficientes elementos de convicción para emitir una sentencia. La tenencia confiada a uno solo de los progenitores de los niños, niñas y adolescentes desencadena la batalla Legal entre los padres que tiene como trofeo a los hijos, lo que imposibilita que se establezca la tenencia compartida que reduzca los daños psicológicos y coadyuve a la estabilidad social en los niños y adolescentes.

Complejidades de la Tenencia Compartida en Nuestra legislación.

Compartir la Tenencia de los hijos luego de la separación o divorcio depende de varios factores sin embargo es necesario el contar con dos hogares para la convivencia de los hijos con cada padre, armados y provistos a tal efecto para así garantizar la seguridad integral de los niños, niñas y adolescente en el Distrito Metropolitano de Quito.

La proximidad de los mismos es un factor importante a la hora de establecer un régimen de crianza compartida influyendo la flexibilidad de los trabajos de ambos, la presencia de otros adultos que colaboren, la edad de los hijos, el diálogo parental post-conyugal que hayan logrado establecer, el nivel económico y otros factores de los niños niñas y adolescentes en el Distrito Metropolitano de Quito de esta manera precautelar los derechos de los menores.

En el aspecto de decisiones, compartir la tenencia implica que los padres acuerden las decisiones importantes respecto de sus hijos en común, tales como establecimientos educativos donde concurren, lugares de residencia, tratamientos médicos, vacaciones, cumpleaños y otras fiestas, participación de nuevos cónyuges en la educación, etc. Bajo el lema general de "no hacer al otro padre lo que no nos gustaría que nos hagan a nosotros".

Los acuerdos pueden ser explícitos o también tácitos cuando no es posible lograr un diálogo aceptable entre los padres y de esta manera precautelar el bienestar de los niños, niñas y adolescente que son producto de una separación o divorcio de sus progenitores.

Lo importante de compartir la tenencia es que ningún padre queda periférico respecto de la crianza de sus hijos y que los hijos sienten que no ha perdido a ninguno de sus padres de esta manera se evita que muchos niños se dediquen a mendigar en las calles

de Quito, por esa razón es recomendable establecer la tenencia compartida es decir mantener viva a la familia, pese al divorcio o separación de sus padres.

Ventajas y Desventajas de la Tenencia compartida.

Según varios estudios presentados por los grupos que buscan insertar esta opción en las leyes de la niñez y adolescencia existen varias ventajas para los niños tales como: Convivencia igualitaria con cada uno de los padres, no hay padres periféricos, inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres en caso que se tenga otro compromiso, mayor comunicación y estabilidad emocional al contar con el cuidado y protección de ambos padres, de esta manera se garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescente en el Distrito metropolitano de Quito.

Ambos padres se mantienen guardadores, es decir, ambos continúan criando activamente es decir ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos, calificando la aptitud de cada uno de ellos. La idoneidad de cada uno no es discutida, es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor garantizando así el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Desventajas de la Custodia Compartida.

Existen muchos detractores de esta petición y especialistas que rechazan este tipo de custodia compartida, sin darse cuenta el daño que les hacen a los niños, niñas y adolescentes, es decir las desventajas tanto para el niño como para los padres, existiendo muchas falencias que presenta este sistema ya que cada hogar tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños deben adaptarse muchas veces a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes.

Mientras que para los padres entre sus principales complicaciones está la flexibilidad laboral, ya que es imprescindible que la forma de sustentación de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos.

Parentofilial.- Definición y características.

La relación **parentofilial** necesita partir de una interacción vertical y estructurada: padres en lo alto e hijos abajo. ... En la relación padres-hijos, los padres

tienen **que** empezar por respetarse mutuamente. Ambos deben saber **que** no son ni pueden ser amigos o compañeros, ni tampoco iguales respecto a sus hijos.

Las **relaciones** paterno **filiales** son el derecho que tienen los padres y las madres a relacionarse con el o la menor aunque estén separados o divorciados. En algunos casos, también se reconoce el derecho a **relaciones filiales** con las abuelas y los abuelos, así como con las y los tíos.

CAPÍTULO III

Descripción del trabajo investigativo realizado

3. Metodología de la investigación

3.1. Modalidad Básica del Proyecto de Investigación

Comprendiendo que Método es el rumbo de la investigación para llegar al conocimiento de los hechos, utilizaré los siguientes:

Por el Propósito

Aplicada.- Me permitirá resolver el problema planteado.

Por el Nivel o Tipo de Investigación.

Método Deductivo.- este método nos permite analizar el problema desde el carácter general, hasta el particular, partiendo desde los principios generales conocidos como válidos por la ciencia, hacia los particulares por medio del razonamiento lógico que es la síntesis; sacando consecuencias de algo generalmente aceptado, por medio de la comparación y demostración en un proceso sintético-analítico del todo a la parte.

Para la aplicación de este método, se analizarán la Constitución del Ecuador 2008 y las leyes que protegen y garantizan los derechos de las personas.

Método Inductivo.- método que nos permite analizar los fenómenos desde su particularidad hasta llegar a la generalidad; tomando los casos particulares para llegar a conclusiones generales.

Este método nos permite determinar los derechos de las personas.

Método Analítico.- Es aquel que nos permite separar las partes de un todo, para someterlas a un estudio independiente, que permita identificar a cada una de las partes, y así obtener las cualidades y características del problema.

Este método se utiliza para descomponer el problema que se investiga, y sus repercusiones.

Método Jurídico o Exegético.- este método nos permitirá interpretar y explicar la norma objeto del problema a investigar; se explicará el sentido y alcance de la Ley, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez.

Con este método se analizará todo el marco constitucional y legal gira alrededor al problema planteado, las causas de la inaplicación de la ley y la vulneración de la misma.

Método Histórico.- constituye los datos e información recogida para el planteamiento del problema del proyecto de investigación, así como las fuentes de investigación.

Con la aplicación de este método, se analizará el aspecto histórico y la evolución de los derechos de las personas, nos permite hacer análisis con otras leyes vigentes en antaño.

Método Bibliográfico.- Este tipo de investigación lo utilizaré al momento de acudir a bibliotecas, Internet, para consultar libros, revistas, folletos y más bibliografía que me permita obtener la información requerida.

3.2 Tipos de Investigación.

Investigación de Campo.- Por problemas de la pandemia que azota al Ecuador no permite realizar el trabajo de campo.

3.3 Diseño de Investigación.

Área de conocimiento: Ciencias Sociales, Educación y Derecho.

Sub línea de investigación: Derecho.

3.4 Población.

Casos de Divorcio durante el segundo semestre del 2019, Abogados en Libre Ejercicio en la ciudad de Guaranda, Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

3.7 Técnicas e instrumentos utilizados

Se utilizaron las siguientes técnicas.

Fichas bibliográficas.- Permitted la revisión bibliográfica

Internet.-Permite el acceso a la información relacionada con el tema de investigación-

Revisión bibliográfica.- Es una modalidad de trabajo académico utilizado para elaborar contenidos teóricos de investigación documental, que recopila información existente sobre la Tenencia de los hijos.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de Resultados

Con este trabajo de investigación se pretende determinar disminuir y en lo posible erradicar la Discriminación al progenitor a través de las reglas establecidas en la Legislación Ecuatoriana para confiar la tenencia de los hijos, mediante un proceso investigativo que permita una adecuada relación parentofilial, en la ciudad de Guaranda, durante el segundo semestre del 2019.

Un remitido de prensa del día sábado 19 de diciembre de 2020, informa que los familiares de Mauricio, piden Justicia para quienes influyeron en el suicidio que este cometió el 4 de abril del 2020, se presume que por la anulación de la sentencia que concedía la custodia al por tenencia de sus dos hijas de 5 y 3 años al padre, por la corte Provincial del Azuay, a pesar que las niñas querían quedarse con su padre. Este caso es uno de los tantos donde se discrimina al hombre.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- ✓ En nuestra legislación el padre sufre una discriminación múltiple al momento de concederse la Tenencia a favor de la madre acorde a la normativa establecida en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.
- ✓ Al Padre se le limita o priva de crear un mejor vínculo afectivo con el hijo o hija y, más aún se llega a pensar que éste no sea capaz de cumplir con el cuidado, protección y crianza de sus hijos.
- ✓ Hay discriminación por su condición de padre y hombre, puesto que existen reglas en el artículo en mención, en el cual excluyen al padre del régimen de tenencia, enfatizando que el rol del padre, es el de proveedor del hogar, asumiendo por error que la madre es quién cumple naturalmente el rol interno de protectora de hogar, es decir, la más idónea para cumplir con la crianza y cuidado de su hijo o hija desfavoreciendo de esta manera el rol de padre sin ningún tipo de sustento.
- ✓ Se omite en el ámbito jurídico situaciones donde el padre enviudó, quedando sus hijos bajo su cuidado y crianza con resultados positivos, asumiendo en muchos de los casos dicho rol de igual o mejor manera.
- ✓ Todo esto obedece a que hasta la actualidad la sociedad responde a construcciones patriarcales, donde al Padre se lo considera como proveedor de bienes es quien está obligado a trabajar para cumplir con tal efecto.
- ✓ El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos en el que prima el principio “*pro-homine*” y demás principios constitucionales, entre ellos el principio a la igualdad, que excluye la discriminación basada en el género, sin embargo hay casos en los que se inobserva el mencionado derecho.
- ✓ Además de reconocer el principio de igualdad la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la igualdad como derecho de libertad. La normativa contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia, no guarda concordancia con los principios constitucionales, específicamente en el artículo 106 numerales 2 y 4 del mismo código. Las reglas contenidas en los mismos numerales del artículo en mención contienen disposiciones que vulneran el principio de igualdad y el derecho fundamental a la igualdad forma.

RECOMENDACIONES

- ✓ Se recomienda en el ámbito legislativo, reformar el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, por tanto derogar los numerales 2 y 4 del mismo artículo, por considerar que existe discriminación con respecto al progenitor masculino.
- ✓ Se sugiera la reforma con el fin de que prevalezca el principio constitucional concerniente al principio de igualdad de género; principio del que deben gozar tanto el padre como la madre al momento de decidir la custodia del menor, dejando a un lado construcciones de carácter patriarcal.
- ✓ En el ámbito judicial se sugiere que el Juez utilice la ponderación y la sana crítica, métodos que deberán estar revestidos por el principio de igualdad en relación a los progenitores.
- ✓ En las resoluciones debe prevalecer el principio del interés superior del niño o niña; debiéndose dar un enfoque real de derechos de niños y niñas y por tanto debería entregarse la patria potestad al progenitor más apto.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Wray, A. (et al) (1991). El menor ante la ley, procedimientos, jurisprudencia e índice temático de toda la legislación. Quito: Corporación Editora Nacional.
- ❖ Constitución de la República del Ecuador. (2008).
- ❖ Código de la Niñez y La Adolescencia (2003).
- ❖ Torres, E. (2002). Breves comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ❖ Revista de Derecho Procesal. (2002). Derecho Procesal de Familia- I. Rubinzal y Asociados S.A. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- ❖ Méndez, M. (2006). Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia. Buenos Aires: Culzoni Editores.
- ❖ Amato, M. (2006). Víctimas de la Violencia, abandono y adopción. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- ❖ Heredia, A. (2000). El Acceso a la Justicia desde la Perspectiva de Género. Costa Rica
- ❖ Manasevich, R. (s.f.). La Filiación y sus efectos, tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ❖ Simon, F. (s.f). Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales, tomo II. ciudad: Editora Jurídica Cevallos.
- ❖ Añón, M. (2009). Igualdad, diferencia, discriminación/En/Serie Justicia y Derechos Humanos. Neo constitucionalismo y Sociedad. El Género en el Derecho. Ensayos. Dávila, Ramiro y otras. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito
- ❖ De Lama, A. (2013). Discriminación Múltiple I. Barcelona.
- ❖ De Lama, A. (2011). Discriminación Múltiple II. Barcelona
- ❖ CCI. (2002). Revista de Derecho Procesal. Consejo Consultivo Internacional. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- ❖ Cabrera, J. (2011). Patria potestad - Legislación - Doctrina y Practica. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- ❖ Monroy, M. (2001). Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: Ediciones del Profesional LTDA.
- ❖ Biosca, S. (et alt) (2011). Los menores en el proceso judicial. Madrid: Editorial Tecnos.

- ❖ Guzmán, P. (2006). El proceso de la patria potestad contemplado en el código de la niñez y adolescencia. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- ❖ Turiso, S. (et alt) (2006). Las claves de la armonía social: matrimonio, patria potestad y dote en la América virreinal, Dote matrimonial y redes de poder en el antiguo régimen en España e Hispanoamérica. Mérida: Universidad de los Andes.
- ❖ Sánchez-Lafuente, R. (et alt) (2002). Breves notas sobre la patria potestad. Especial problemática de los supuestos de separación de los padres. Sevilla: ASTIGI.
- ❖ Gomá, J. (2010). Instituciones de derecho civil común y foral: Derecho de familia. Barcelona: BOSCH.
- ❖ Albán, E. (2003). Derecho de la niñez y adolescencia. Quito: GEMAGRAFIC.
- ❖ Díez-Picazo, L. (et alt) (2015). Sistema de derecho civil: derecho de familia Madrid. Madrid: TECNOS.
- ❖ Godínez, L. (et alt) (2011). La restitución internacional de la niñez, enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial. México D.F: Editorial PORRÚA, S.A.
- ❖ Alvarez, F. (et alt) (2011). Derecho de familia: estudios en homenaje a la Escuela libre de Derecho con motivo de su primer Centenario. México D.F: GRAFS.

