

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

SEDE QUITO

PROGRAMA “MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL”

TEMA:

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PARA OTORGAR TENENCIA: ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

AUTOR: JUAN PABLO VALENZUELA SANCHEZ

TUTOR: JOSE GUILLERMO CAPITO ALVAREZ

QUITO - 2022

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

JOSE GUILLERMO CAPITO ALVAREZ en calidad de Asesora del Trabajo de Investigación designado por la Cancillería de la UMET, certifico que el estudiante: **JUAN PABLO VALENZUELA SANCHEZ** titular de la CC No. 1711858850, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: “**Vulneración al principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la patria potestad para otorgar tenencia: Análisis del procedimiento establecido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia**”, quién ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.

JOSE GUILLERMO CAPITO ALVAREZ

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **JUAN PABLO VALENZUELA SANCHEZ**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, escuela de Estudios de Postgrado, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: **Vulneración al principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la patria potestad en el Ecuador: Análisis del procedimiento establecido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia”** y las **expresiones** vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

Juan Pablo Valenzuela Sánchez

CI: 1711858850

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **JUAN PABLO VALENZUELA SANCHEZ**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **“Vulneración al principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la patria potestad para otorgar tenencia: Análisis del procedimiento establecido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia”**, modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Juan Pablo Valenzuela Sánchez

CI: 1711858850

DEDICATORIA

Esta investigación está dedicada con cariño y respeto:

A Dios, por las bendiciones recibidas a lo largo de mi vida.

A mí esposa, por ser mi compañera de vida y por haberme dado la dicha de ser padre de Pablo Emilio, mi hijo adorado que es quien me sostiene para seguir adelante sin claudicar a mis principios.

A mis padres, que siempre han sido mi estímulo en todo momento de mi vida para seguir esforzándome y alcanzar mis metas trazadas y que desde el cielo ellos estarán orgullosos de mi.

A mis hermanos ejemplo de dedicación y esfuerzo que día a día siempre están conmigo en cada momento y cada segundo de mis logros y triunfos.

AGRADECIMIENTO

A Dios por las bendiciones que da a mi vida.

A mi esposa y mi hijo, porque sin su apoyo nada sería posible.

A mis padres, porque sin su bendición desde el cielo no habría sido posible alcanzar esta meta anhelada.

Además, mis sentidos agradecimientos

A mis hermanos por ser mis guías de esfuerzo y sacrificio,
a mi tutor y asesor los doctores Dr. José Capito y Dr. Oscar Pérez

Su guía fue imprescindible para este trabajo.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR.....	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN.....	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
ÍNDICE.....	VII
RESUMEN	X
ABSTRACT.....	XI
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	3
2.1. Antecedentes de la investigación	3
1.1.1.- Responsabilidad parental.....	3
1.2 Principio de igualdad y no discriminación.....	4
1.2.1 La igualdad y no discriminación en la Constitución y la Ley.....	12
1.3 La institución jurídica de la patria potestad: su desarrollo e importancia.....	14
1.3.1 La patria potestad en el ámbito internacional	15
1.3.2 La patria potestad en países latinoamericanos	17
1.3.3 Patria potestad, guarda y custodia en el Ecuador.....	19
1.3.4 Características y reglas de la patria potestad	22
1.3.5 Relación entre patria potestad, guarda y custodia.....	23
1.4 Afectación al derecho de niños, niñas y adolescentes por la vulneración al principio de igualdad.....	26
1.4.1. El Principio de Interés Superior del niño, niña y adolescente.	26

1.4.2. Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.....	28
1.4.3 Marco legal de la protección de los derechos del niño en el Ecuador	29
1.4.4 Afectación psico-social de la niña, niño y adolescente en los procesos de separación la pareja constitutiva de su familia	31
2.2. 1.5 El proceso judicial contenido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia y la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.....	32
2.3. 1.6. Breve análisis de la Sentencia No. 28-15-IN/21	36
CAPITULO II METODOLOGÍA.....	38
2.1. Métodos usados en la Investigación.	38
2.1.1. Método Inductivo	39
2.1.2. Método Deductivo.....	39
2.1.3. Método Histórico.....	39
2.1.4. Método Sintético	40
2.1.5. Método Analítico.....	41
2.1.6. Método Hermenéutico.....	41
2.2. Diseño de Investigación.....	43
2.2.1. Fuentes secundarias.....	43
2.2.2. Característica de la Población Encuestada	46
2.2.3. Variables de la Investigación en la Población.....	47
2.3. Fiabilidad en los Instrumento de Investigación.	48
2.3.1. Instrumento de Investigación.	48
2.3.2. Validez y confiabilidad de Investigación	50
CAPITULO III ANÁLISIS DE RESULTADOS, APRENDIZAJES Y HALLAZGOS	52
CONCLUSIONES	75

RECOMENDACIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA	79

RESUMEN

El Código de la Niñez y Adolescencia rige en el Ecuador desde el año 2003, hasta el momento se han realizado dos reformas importantes, la primera en lo referente a todo el título V sobre alimentos y la segunda gracias a la Sentencia emitida por la Corte Constitucional en el cual se declara la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 4 del artículo 106 en el que se reglamenta la paridad del padre y la madre en igualdad de condiciones para el ejercicio de la patria potestad.

El presente trabajo versa sobre la vulneración al principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la patria potestad para otorgar tenencia: Análisis del procedimiento establecido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, es decir se basa en los artículos 2 y 4 del artículo antes mencionado, señalando que la aplicación normativa anterior al pronunciamiento de la Corte violentaba derechos constitucionales, de manera principal el de los padres. Hay que considerar que el trabajo puesto en consideración se lo realizó antes de mentado pronunciamiento.

Es de especial interés el analizar el derecho de familia y la patria potestad que se ejerce hacia los hijos menores de edad cuando se produce la ruptura de la relación entre madre y padre, ya que se estudiarán los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, a la luz de lo establecidos en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.

Palabras claves: inconstitucional, progenitores, interés superior, patria potestad, monoparental, compuesta.

ABSTRACT

This work is of special interest in the subject of family law and parental authority that is exercised towards minor children when the marriage relationship is broken, in fact of the parents or even of those in which they do not relationship exists. The objective of the following investigation is to analyze the constitutional principles of equality and non-discrimination, in light of what is established in article 106 of the Organic Code of Children and Adolescents of Ecuador, which refer to the legal act of entrusting the exercise of parental authority to the parents of a minor. This analysis was carried out by means of a review of said body norm that develops the procedure to exercise parental authority over children and the violation of the principles of equality and non-discrimination; all this in order to take a broad look at these norms and see how they threaten the fundamental rights of the parent who does not maintain the care or custody of children and adolescents.

KEYWORDS: shared ownership, unconstitutional, parents, superior interest, parental authority, single parent, compound.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en el Ecuador se ha abierto el debate sobre la viabilidad que se considere por igual a padre y madre para confiar la tenencia, misma que sigue las reglas que se determinan para la patria potestad, en virtud que el Art. 106 del actual Código de la Niñez y Adolescencia en sus numerales 2 y 4 confieren la patria potestad a uno de los progenitores, de preferencia la madre.

El texto de la norma pudiera ser violatoria del principio de igualdad y no discriminación, ya que se delega la responsabilidad de la crianza de los hijos a la madre, cuando en torno a las obligaciones, éstas aparte de ser connaturales, también pertenecen a ambos progenitores, por lo tanto, el derecho de compartir con los hijos debe ser distribuida de manera equitativa.

Con esta investigación se pretende demostrar la vulneración al principio de igualdad y no discriminación al conferir a una sola persona el cuidado y protección de los hijos, discriminando de esta manera al padre, privándole del derecho de cuidar y proteger a su hijo. Así mismo, la presente investigación plantea buscar la posibilidad de una patria potestad compartida en el Ecuador a la luz de lo que plantea el nuevo Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentra a espera del segundo debate en la Asamblea.

Para ello se ha planteado la siguiente pregunta de investigación, esto es: ¿En qué medida la aplicación de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia vulnera el principio de igualdad y no discriminación?

El presente trabajo de investigación parte de la necesidad de visibilizar la problemática que acarrea la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en los numerales 2 y 4 de Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, referidos al acto jurídico de confiar el ejercicio de la patria potestad a los progenitores de un niño/a o adolescente.

Para ellos es indispensable hacer referencia, que, la patria potestad es el poder o autoridad sobre una persona, mientras que la tenencia es la posesión de aquella persona. En el Ecuador, el ejercicio de la patria potestad es compartido entre ambos progenitores, sin embargo la ambigüedad de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez, da paso a que la tenencia solo sea considerada para la mujer, es por ello que se realizará una revisión crítica y normativa al Art. 118 del mismo cuerpo

legal que define los temas de la tenencia de los hijos y su naturaleza pero que no establece reglas o requisitos para su ejecución; todo esto con la finalidad de dar una mirada amplia a estas normas y ver cómo éstas atentan a derechos fundamentales del progenitor que no mantiene el cuidado o guarda de los niños, niñas y adolescentes, además de acentuar el rol estereotipado de las mujeres al confiar prácticamente de forma exclusiva el cuidado de los niños .

Para ello se ha planteado los siguientes objetivos, el general: Analizar en qué medida los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia vulneran el principio de igualdad y no discriminación.

Los objetivos específicos son:

1. Analizar los elementos conceptuales sobre el principio de igualdad y no discriminación como derechos humano fundamental.
2. Examinar la normativa nacional e internacional que reconocen la patria potestad.
3. Determinar la relación entre los principios de igualdad y no discriminación y el procedimiento establecido en los artículos 2 y 4 del Art. 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

La presente investigación se ha estructurado en dos capítulos. El capítulo primero hará referencia a los fundamentos teóricos o marco conceptual de la investigación, en el cual se tratará sobre los conceptos más básicos sobre los principios de igualdad y no discriminación, la institución de la patria potestad y la familia y el procedimiento para el otorgamiento de la patria potestad en el Código de la Niñez y de la adolescencia.

El segundo capítulo aborda el marco metodológico sobre el cual se basará la presente investigación, para terminar con las correspondientes conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Antecedentes de la investigación

El cuidado tiene que ver con una característica propia de todo ser vivo, está ligada, desde una mirada biológica, de la supervivencia o de la conservación de las especies. Todo ser vivo desarrolla un mecanismo para sobrevivir, para vivir, para desarrollarse en el medio. Los ser humanos no escapan de esta lógica de la supervivencia. Todo ser vivo por así decirlo, genera estrategias (instintivas o aprendidas) con comportamiento orgánicos del cuerpo o comportamientos intencionados con la finalidad de cuidarse.

El ser humano, al desarrollar algunas capacidades extras (no superiores) para la supervivencia de su existir, tales como: razonamientos lógicos con el neocórtex, junto a esto la planificación, proyección e intención de actos. Esto hizo que el ser humano se estableciera por encima de los demás seres vivos en cuestiones de capacidad de supervivencia. Es decir que la capacidad del cuidado se potenció en el ser humano.

Debe tomarse en cuenta que “el cuidado remite necesariamente a la existencia humana, es condición primitiva, surge de lo profundo de cada ser, para seguir conservando la vida en un conjunto de actos conscientes para ser” (Ramírez, Cárdenas, & Rodríguez, 2015, pág. 80); haciendo una pequeña corrección sobre lo citado y como se dijo anteriormente, no solo actos conscientes, sino también inconscientes.

1.1.1.- Responsabilidad parental

Uno de los términos de mayor importancia para poder comprender la patria potestad y la consecuente tenencia de los hijos menores es el de responsabilidad parental, a la que también se le denomina responsabilidad de los padres, siendo ésta la base para el régimen de tenencia, custodia y patria potestad, de allí la importancia de que se defina a la misma.

En este sentido, la tratadista María Espinoza Muñoz apunta que la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y funciones para la protección del menor, cuyos derechos se extienden aun cuando la relación de convivencia matrimonial o de unión de hecho se ha terminado, por lo tanto, la relación entre el menor y los padres pasa a tener tres ejes (Espinoza Muñoz, 2019, pág. 218)

Conforme a la explicación aportada, se puede entender a la responsabilidad parental como aquella que implica un conjunto de obligaciones de los padres para con sus hijos, mismos que se hallan previstos dentro de la normativa, y que deben ser ejercidos independientemente de si existe o no un vínculo matrimonial entre ambos progenitores, de modo que aun cuando exista un divorcio o una separación, la obligación de ambos persiste con sus hijos. En este mismo sentido, el autor señala que:

El termino responsabilidad compartida permite una mejor comprensión del complejo entramado de deberes, derechos, funciones y actitudes éticas que corresponden a ambos progenitores y, permite contemplar desde otra perspectiva, el pale del hijo en este conjunto de relaciones que, tras el cese de la convivencia de los progenitores, pasa a ser triangular (Espinoza Muñoz, 2019, pág. 43)

Con base en la explicación aportada, se comprende que existe una responsabilidad compartida de ambos padres respectos de los deberes, derechos, funciones y actitudes que deben hacia sus hijos, sin embargo, esta responsabilidad no debe confundirse con el régimen de guardia, custodia o tenencia, pues mientras la responsabilidad siempre será compartida mientras los progenitores estén vivos. Existen en el caso de la patria potestad regímenes legales que contemplan la posibilidad de una tenencia monoparental (de un solo progenitor) y de custodia compartida (de los dos progenitores)

1.2 Principio de igualdad y no discriminación

Desde la consolidación del Estado moderno, con la Revolución Francesa de 1789, uno de los pilares fundamentales del Estado democrático ha sido la igualdad de todas las personas en el goce de sus derechos, misma que deber ser garantizada por el Estado organizado y las estructuras jurídicas.

Este mismo postulado no sólo ha sido garantizado por el ordenamiento jurídico de cada Estado, sino que también consta dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

Teniendo en cuenta la universalidad de los derechos humanos, partiendo desde el punto de que todas las personas, nacemos con derechos humanos cuyas principales características los definen como irrenunciables, inalienables, indivisibles, imprescriptibles entre otros, considerando que resulta tarea difícil definir el concepto de derechos humanos, varios escritores al respecto sostienen que estos derechos han sido positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, y aparecen en las Constituciones de cualquier Estado democrático moderno, por tanto, se encuentran apoyados por el fundamento de los tratados internacionales.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación son considerados principios básicos de las normas internacionales de derechos humanos; toda persona sin distinción de ningún tipo tiene el derecho de disfrutar de todos los derechos humanos incluyendo el derecho a la igualdad de trato ante la ley, el derecho a ser protegido contra cualquier forma de discriminación. Indudablemente son principios ligados a la dignidad de la persona, considerados una base fundamental para la correcta aplicación de todos los derechos humanos (Bayefsky, 1990, pág. 32)

Al respecto, en el derecho internacional no solamente se prohíbe las políticas, actitudes y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino que a su vez también aquellas cuyo impacto es discriminatorio contra un determinado grupo de personas, aun cuando no pueda probarse la intención directa de tal discriminación.

La Corte Internacional de los Derechos Humanos destaca que la utilización de cualidades como: la raza, el sexo, la nacionalidad, la salud, portar una enfermedad y la identidad cultural es justificable en medida de que se tenga como finalidad amenorar las desigualdades existentes.

Estos principios son parte de las bases de todo estado de Derecho, los Estados Miembros en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel mencionaron que:

todas las personas, instituciones, entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligados acatar leyes justas, imparciales, equitativas y tienen el derecho a igual protección ante la ley, sin discriminación. Comprometiéndose a

respetar la igualdad de derechos de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; el contenido del marco jurídico y normativo internacional contiene formas específicas para combatir la discriminación, incluyendo aquella que afecta a los pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad o a la mujer, además de la discriminación de tipo racial y religiosa o la que está basada en la orientación sexual y el género, varia de estas formas han generado un gran impacto dentro de la sociedad repercutiendo en todo ámbito de vida desde el personal hasta el laboral y educativo. (Ecuador, Defensoría del Pueblo, 2019, pág. 43)

El término de la igualdad se desvanece con la existencia de un acto de tipo discriminatorio que genera distancia entre dos o más personas, en forma generalizada entre grupos de individuos, estableciéndose una escala en la que una de las partes es colocada en un punto superior frente a otras.

La carta magna, promueve la igualdad desde los espacios privados al disponer sobre el trato que deberán recibir en lo cotidiano los individuos que pertenecen al grupo de atención prioritaria, dentro de la misma en sus articulados se mencionan especificaciones como las siguientes por ejemplo: las personas adultas mayores, tendrán derecho a descuentos y tarifas preferenciales en el transporte y espectáculos públicos; el derecho a la inclusión social de las personas con discapacidad que también se logra por medio de los planes programas y servicios estatales y privados; el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito privado que se garantiza de manera específica a las mujeres, niñas, niños y adolescentes , adultos mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de vulnerabilidad o desventaja.

Analizando el término igualdad como principio, este tiene características que lo distinguen de su función como base de los derechos y de su función como derecho, según (Isaias Monte, 2011, pág. 6) establece que “principio jurídico es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello que se deba relacionar”. Es decir que este principio guarda relación con los fundamentos de derechos humanos transformándose en una necesaria coyuntura para el pleno respeto y un efectivo ejercicio de los derechos humanos.

La igualdad es un derecho autónomo e independiente, cuyo ejercicio y goce no se encuentra sujeto a otras normas ni al acatamiento de requisitos, pues es un derecho humano, esencial a la dignidad de las personas y los pueblos.

El Derecho a la igualdad estipulado en el numeral 4 del artículo 66 de la constitución de la república del Ecuador está integrado de la siguiente manera:

Derecho a la igualdad formal. - Consiste en el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley, esto quiere decir, que la normativa no debe de hacer distinciones ilegales que lleguen a restringir sus derechos en relación de los demás.

Derecho a la igualdad material. - Consiste que en el momento de ejercer el derecho no se presenten obstáculos fácticos que puedan impedir dicho ejercicio.

Derecho de no discriminación. - Radica en que están prohibidos cualquier tipo de tratos diferenciados.

El derecho a la igualdad es uno de los cimientos sobre el cual se construye la institución de los derechos humanos. El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los humanos; a su vez el artículo 2 del mismo cuerpo normativo estipula que:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, 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.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. (Naciones Unidas, 1948).

El derecho a la igualdad se lo debe identificar con la dignidad humana, por lo que se prohíbe todo tipo de discriminación haciendo distinciones que lleguen a impedir el ejercicio y goce de libertades y derechos que exhiban los seres humanos en integridad a su dignidad.

El derecho a la igualdad y la no discriminación se encuentra también consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otro instrumento internacional que expone el derecho a la igualdad y no discriminación es el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales mismo que ha sido enfático en exponer que “las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure” (Naciones Unidas, 1976)

Con la finalidad de enfrentar y evitar que se den actos discriminatorios la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 34)

Además, establece que

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 35).

Es decir que reconocen que terceros puedan ejecutar acciones discriminatorias, y que el Estado está en la obligación de impedir el cometimiento de dichas acciones.

Se establece que el principio de igualdad compromete a los Estados a tomar medidas para erradicar todo acto discriminatorio. Es por ello por lo que, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la

discriminación prohibida por el Pacto.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

Dentro del tema que nos ocupa del derecho a la igualdad y no discriminación para los pueblos indígenas la Constitución Ecuatoriana reconoce el derecho del buen vivir para estos pueblos, misma que fue constituida bajo los parámetros de democracia. La Constitución del Ecuador del año 2008 precisó un enfoque de la sociedad a constituirse bajo el prisma del Buen Vivir o Sumak Kawsay.

Ya en lo que se refiere al punto de vista de la doctrina, el autor Rubio Llorente define a la igualdad de la siguiente manera:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los términos de la comparación, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque solo sea espacial y temporal, pues dentro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad. (Rubio Llorente, 1999, pág. 10)

El principio de igualdad y no discriminación es reconocido y considerado como uno de los derechos humanos fundamentales pilares del derecho internacional, razón por la que desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se promueve el establecimiento legal de proteger e impulsar este derecho a través de su promulgación tanto en las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas de todos los países miembros de esta organización.

Desde la promulgación del principio de igualdad y no discriminación son muchas las interpretaciones y análisis que se le han realizado, por ejemplo, comenzando la década de los noventa. (Bayefsky, 1990, pág. 24) ya analizaba que aunque el derecho internacional sugería varias posturas en cuanto a los límites entre las distinciones “El punto de partida, fijado por la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, es que no toda diferencia de trato es

discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico” (Bayefsky, 1990, pág. 1), señalando también en su artículo a modo de conclusión, que en el derecho internacional; “Una distinción es discriminatoria (a) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (b) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo” (Bayefsky, 1990, pág. 33)

Como derecho fundamental la igualdad concede la titularidad sobre el bien jurídico de la igualdad a todas las personas, sin embargo, tanto el principio como el derecho a la igualdad presentan dos vertientes que difieren en su proyección: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. Para (Cerdeza Martínez Pujalde, 2017, pág. 54) la primera; la igualdad ante la ley “se refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares”. Es desde esta proyección que el constitucionalismo clásico y contemporáneo reconoce la igualdad tanto en la naturaleza como en sus atributos esenciales en todos los seres humanos. Y la igualdad en la ley se refiere a la igualdad de cada persona como derecho fundamental, a su eficacia relacionada en el ejercicio del derecho, en este sentido el legislador está subordinado al principio de la igualdad.

Como puede observarse, a lo largo de los años son múltiples los análisis que se le ha dado al principio y derecho humano de igualdad y no discriminación. (Suarez, 2021, pág. 54) señala que para muchos autores “la igualdad” y “no discriminación” tienen un mismo significado, mientras que hay otra corriente que considera que cada termino genera un derecho que difiere del otro, categorizando los términos como; la igualdad en si como “igualdad positiva” y la no discriminación como “igualdad negativa” calificando a ambos como dos derechos con una naturaleza confusa. De igual manera esta autora también reporta la tercera postura donde se distinguen los dos tipos de igualdad en el derecho internacional; “igualdad ante la ley e igual protección de la ley, bajo el argumento de que las propias normas de derechos humanos definen cada una en diferentes instancias y determinan su alcance y obligaciones individualmente”

Debido a las variaciones de la concepción de la igualdad en el tiempo, el principio de igualdad tiene un carácter histórico, el mismo varia en la medida de que en el proceso histórico la concepción de igualdad cambia. De igual manera, o quizás

por el mismo motivo de historicidad, la igualdad entraña un carácter relacional, porque siempre la manifestación de igualdad o desigualdad es desde la relación entre personas y por esta razón es que se considera que el derecho a la igualdad no posee un carácter autónomo sino relacional, ya que el ordenamiento jurídico de cada nación y en las declaraciones y tratados internacionales se debe reconocer y asegurar a todas las personas como titulares del conjunto de derechos.

Conforme a esta explicación, se observa que la igualdad es un principio de carácter relacional, es decir, se requieren de dos situaciones jurídicas o de dos personas para que pueda aplicarse el criterio de igualdad y determinar si existe o no un tratamiento jurídico igualitario o discriminatorio.

Por su parte, la discriminación es un elemento consustancial del principio de igualdad, y que se da como consecuencia de la inobservancia de ésta última, es decir, que la discriminación surge a partir de la concurrencia de un trato desigual, o la no igualdad como regla general en los procesos. Al manifestarse un trato desigual, se podría afirmar que se está en presencia de un trato discriminatorio. Definir la discriminación en el contexto de un proceso judicial, aunque pareciera ser un ámbito bastante cerrado, no es tarea fácil debido a las múltiples acepciones y formas que en los hechos pueden quedar en evidencia actos discriminatorios.

En este sentido, cabe citar lo señalado por (Facio, 2012, pág. 17), cuando señalan que a menos que exista una razón verdaderamente irrefutable e indiscutible (cosa que es bien difícil de demostrar) y suficientemente aceptado por todos de manera más o menos generalizada, ninguna persona debería ser preferida a otra, esto en el contexto del sentido amplio de la discriminación, pero en sentido estricto, se podría afirmar, que la Ley, salvo circunstancias excepcionales y muy bien estudiadas desde el punto de vista técnico, no debería preferir a una persona a otra para el ejercicio de determinados derechos, como efectivamente ocurre claramente en el caso del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Existe en la doctrina una antigua y dilatada discusión, sobre el verdadero alcance del término discriminación, sobre todo para efectos legales, porque como debe ser lógico, no cualquier trato en el que se clasifique en función a determinada cualidad o característica, debe ser considerado discriminatorio, es decir, no necesariamente porque se reciba un trato desigual, debe ser considerado como un

acto discriminatorio y en consecuencia lesivo de derechos. Es aquí donde entra el concepto de “preferencia razonable” como concepción lógica y válida para elegir entre una cosa u otra, o entre un individuo y otro en función de sus particularidades.

De acuerdo con un criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se le consultó sobre la naturaleza distintiva entre discriminación y preferencia razonables, consideró que la discriminación, debe contener implícitos tres elementos básicos: razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a las circunstancias. Manifiesta la corte, que no toda distinción tiene que ser discriminatoria, y que sería discriminatoria sólo si fueran en contra de la recta razón de la justicia y del bien común, en función de la naturaleza y fines del derecho. Asimismo, la proporcionalidad hace referencia al rompimiento de la adecuación lógica de los hechos con las circunstancias, y la adecuación tiene que ver con que de acuerdo con los antecedentes y precedentes históricos que se han planteado en situaciones similares, se le da una connotación diferente a lo que ya ha tenido, y aun así produce efectos.

Como se observa la discriminación se constituye como un elemento en el que la igualdad no tiene cabida, por lo que para que no se configure se deben observar ante todo el principio de igualdad.

1.2.1 La igualdad y no discriminación en la Constitución y la Ley

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador, el principio de igualdad se encuentra plenamente garantizado en la misma línea de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, dentro de su artículo 11 que prescribe que:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

La Constitución de la República del Ecuador es clara al determinar que todas las personas tienen igualdad formal y material ante la ley, de modo que tiene todos los derechos y obligaciones otorgados por igual, estando expresamente prohibido que puedan realizarse actos de discriminación por cualquier motivo; de ahí que el Estado se encuentre en la obligación de garantizar la aplicación efectiva de medidas que permitan cumplir con este mandato.

Por su parte, la autora (Espinoza Muñoz, 2019, pág. 85) realiza una definición del principio de igualdad partiendo de un plano general dentro del campo del derecho constitucional o de los derechos humanos, y así explica: La igualdad ante la ley es una garantía básica, un derecho fundamental, así también lo reconoce la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos al establecer en el artículo 24 "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Por su parte, las normas adjetivas también hacen referencia a principios rectores relativos a los derechos de igualdad y no discriminación y que son de obligatorio cumplimiento en los procesos judiciales. En este sentido, el artículo 2 del (Ecuador, 2015) señala lo siguiente:

Artículo 2. Principios rectores. En todas las actividades procesales se aplicarán los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en este Código.

Tradicionalmente se ha manifestado que el principio de igualdad tiene una dimensión positiva, que implica el derecho de igualdad ante la ley de todas las personas; y una dimensión negativa, que implica la prohibición de discriminación por cualquier motivo. Respecto a esta dimensión negativa (México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 46)

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 una situación de vulnerabilidad o

desventaja, ya sea por una circunstancia social o personal, son quienes la padecen en mayor medida y a quienes va dirigida una parte normativa internacional y nacional.

De acuerdo con la explicación aportada por estas autoras, se considera que el principio de igualdad se ve afectado por el fenómeno de la discriminación, mismo que puede entenderse como aquel por medio del cual se otorga un tratamiento distinto a dos personas que tienen los mismos derechos ante la ley la Constitución.

Asimismo, señala que, pese a que el mandato Constitucional y legal en muchas ocasiones es extremadamente claro al respecto, muchas veces se presenta situaciones en las cuales se ven vulnerados estos principios y se otorga un tratamiento distinto a las personas, sobre todo a aquellas que presentan una mayor situación de vulnerabilidad, ante lo cual es necesario que el Estado tome las medidas adecuadas.

Otro efecto muy grave de la restricción del principio de igualdad, que es señalado por los autores García y Rodríguez es “que constituye uno de los mayores obstáculos para avanzar en el pleno ejercicio de los derechos humanos”, ya que “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” (México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012)

1.3 La institución jurídica de la patria potestad: su desarrollo e importancia

La patria potestad es una institución jurídica de carácter universal que se caracteriza por el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos e hijas que sean menores de edad o que no se hayan emancipados legalmente. Entendiendo que la potestad es un derecho y un poder, que la persona que lo posee, le da facultad legal para ejercerla.

La patria potestad tiene su origen en el derecho romano donde el hombre era el único considerado sujeto de derecho por lo cual su poder sobre los miembros de la familia y los bienes habidos en ella era total, la mujer era excluida de estas funciones, en la evolución del concepto intervinieron procesos políticos, sociales, económicos dando paso dentro del imperialismo a una flexibilización legal del constructo en el cual dicha potestad en algunos aspectos, es compartido por los hijos varones y en función de las herencias. Es en el siglo XX cuando la patria potestad tiene el sentido que conocemos hoy en día.

En este orden de ideas se distinguen dos grandes avances en la conceptualización de la patria potestad. El primero es que se dejó de entender como una carga o un deber pasando a ser entendida como un derecho que se puede perder cuando se descuidan los deberes para con los hijos e hijas y, en segundo lugar, se encuentra el hecho de que jurídicamente en la mayoría de las legislaciones del mundo acogidos al principio de igualdad y no discriminación, la patria potestad es ejercida conjuntamente por ambos progenitores, siempre y cuando no existan impedimentos legales para cumplir dicha función.

Por otra parte, la patria potestad en su desarrollo conceptual ha ido evolucionando hacia un ámbito más integral de la persona, de tal manera que las funciones paternas y maternas no se limitan, como en el pasado, al espacio íntimo de la familia, sino que las responsabilidades, progresivamente, han ido adquiriendo una proyección social, donde la familia, como núcleo primario de la sociedad, es protegida y observada en sus propios derechos y deberes.

Lo cual implica que los padres y madres tienen una responsabilidad ineludible ante los hijos y la sociedad, dicha responsabilidad se traduce, no solo en la crianza, sino que su intervención debe atender al desarrollo de su personalidad y el respeto a su integridad física y psicológica, de tal manera que permita al niño, niña y adolescente, incorporarse a la sociedad como una persona responsable tanto individual como socialmente.

Como se ha demostrado la patria potestad es un concepto complejo que abarca el desarrollo de un ser humano en todas sus dimensiones, que la línea general los padres deben ser garantes y defensores de todos los derechos de sus hijos e hijas proporcionándoles los cuidados necesarios, la educación apropiada, estimular y fortalecer su desarrollo integral dando conformidad a la Constitución, leyes y códigos.

1.3.1 La patria potestad en el ámbito internacional

La patria potestad en el ámbito internacional no se encuentra regulada en un instrumento específico sino diluida en algunos pactos y convenciones internacionales que se fundamentan en los derechos del niño, niña y adolescente de recibir protección y asistencia especiales, primeramente, de sus padres, en caso de la ausencia de éstos, la familia extendida bajo la figura del tutor y finalmente el Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1979) en el artículo 19 referido a los niños señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”. Es oportuno recordar que estos instrumentos legales fueron creados dentro de la Doctrina Tutelar del Menor también conocida como la Situación Irregular la cual buscaba amparar a los niños en situación de abandono. De allí que se exprese en términos de medidas de protección y condición de menor.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) en su artículo 24 señala el derecho de los niños a no ser discriminados por ninguna razón e insta a que se tomen todas las medidas de protección necesarias, por parte de los padres, el Estado y la sociedad, por su condición de menor. Al igual que la CADH son instrumentos redactados en un momento histórico donde aun cuando se reconocían derechos a los niños, este era concebido legalmente como un objeto de derecho y no un sujeto de derecho. Sin embargo, no dejan de ser los antecedentes que permitieron crear una concepción y tratamiento más humanista de los niños, niñas y adolescentes.

La Convención sobre Derechos del Niño (Convención de los Derechos del Niño, 1989). La doctrina de la protección Integral de los niños, niñas y adolescentes marca un gran avance en la concepción del niño como sujeto de derecho guiado por los principios de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño y los derechos especiales correspondientes a su desarrollo evolutivo. La Convención de los Derechos del Niño se convirtió en la primera ley internacional de los derechos de niños, niñas y adolescentes, sustentada en la doctrina integral de los niños y con carácter obligatorio para los países firmantes.

En referencia a la patria potestad la Convención señala que los Estado, sus entidades públicas y privadas al tomar alguna medida referida a los niños debe estar circunscrita a interés superior del niño (Art.3.1). El reconocimiento y respeto de las responsabilidades de los derechos y deberes de los padres en la crianza de sus hijos e hijas (Art.5). Los Estados deben velar por que los niños, niñas y adolescentes no sean separados de sus padres y madres, a menos que, exista situaciones excepcionales que afecten el interés superior del niño (Art.9.1). Los Estados deben garantizar el principio de corresponsabilidad del padre y la madre en la crianza, cuidado,

educación y desarrollo general, del niño, niña y adolescente (Art. 18.1). En líneas general, hoy en día, las constituciones y leyes de la mayoría de los Estados del mundo se acogen al concepto de patria potestad compartida contenida en los principios que rigen el ordenamiento jurídico internacional. A continuación, se presentan como algunos países latinoamericanos han regulado la patria potestad y la tenencia y custodia de los niños, niñas y adolescentes

1.3.2 La patria potestad en países latinoamericanos

En Latinoamérica se pueden encontrar varios ejemplos de modelos de incorporación de la patria potestad en sus legislaciones, los cuales comparten muchos de los criterios adoptados por las convenciones y tratados internacionales en material de infancia y adolescencia.

A) Colombia. El Estado colombiano reconoce los derechos inalienables de las personas sin ningún tipo de discriminación y reconoce y ampara la familia como institución fundamental de la sociedad. Reconoce los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes entre ellos el de no ser separados de la familia. Garantiza el ejercicio de todos los derechos del niño establecidos en la Constitución Nacional, así como convenios internacionales que han sido ratificados como la Convención de los Derechos del Niño. Familia-Estado y sociedad están obligados a proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos todo ello bajo el principio del interés superior del niño.

La patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre a menos que algunos de los padres incurra en faltas graves como: maltrato constante al niño, violación, consumo de drogas, estar incurso en actos ilícitos, entre otros. La custodia del niño o niña, es decir, determinar con quién va a vivir el niño, puede ser total o compartida, preferiblemente, debe ser un acuerdo entre los padres, cuando este acuerdo no es posible, el juez tomará la decisión, para lo cual debe escuchar al niño y conocer el entorno que los padres ofrecen, entre ellos: el tiempo de dedicación para la crianza y educación que puedan proporcionar, la relación entre el niño con cada uno de sus progenitores y siempre atendiendo a lo que sea más conveniente para el niño. La custodia total a uno de los padres no es frecuente porque el niño tiene el derecho a estar y recibir afecto y cuidados de ambos padres, por lo que la custodia total en casos extremos donde se vulneren los derechos del niño.

B) Guatemala: Guatemala es firmante de la Convención de los derechos del niño por lo tanto su legislación se encuentra regida por los principios de igualdad y no discriminación y el interés superior del niño. En materia de patria potestad, las leyes contemplan que es responsabilidad de ambos padres el cuidado y sustento de los hijos, así como su representación legal en hechos administrativos. La patria potestad puede ser suspendida, perdida y recuperada en actos judiciales cuando, a petición de la parte interesada, demuestre que las causales que provocaron la acción judicial han sido superadas y la persona mantenga “buena conducta” en un lapso no menor de tres años.

En cuanto a la tenencia es convenida entre los padres a menos que haya una causal que imposibilite a uno o ambos padres en cuyo caso el juez decidirá en atención al interés superior del niño. En cualquier medida tomada o convenios realizados tanto el padre como la madre mantienen las responsabilidades para con los hijos y conservan el derecho de relación y orientar su educación. El juez puede revocar la tenencia asignada cuando el padre, la madre, parientes consanguíneos o el ministerio público considere necesaria en beneficio del niño.

C) México. En México la patria potestad, guarda y custodia reconoce y protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes estipulados en los tratados internacionales, la Constitución y las leyes nacionales. La patria potestad es ejercida por ambos padres y comprende la representación legal y la protección de los hijos e hijas en todos los aspectos que involucran su desarrollo y crianza. Al momento de la separación o divorcio los padres siguen manteniendo la patria potestad si no existen causales para una suspensión o pérdida de la misma, en todo caso será un juez quien decida tomando en cuenta el interés superior de niño.

La guarda y custodia también será compartida y en principio los padres deben llegar a un convenio donde se establezcan las nuevas condiciones de convivencia con respecto a los hijos, así como los gastos de manutención, si este convenio entre el padre y la madre es apropiado para los hijos e hijas, el juez lo aprobará y ratificará. En caso de que los padres no lleguen a un acuerdo el juez tomará la decisión, la cual estará fundamentada en el interés superior del niño y las pruebas aportadas por los padres. Cabe resaltar que la Constitución Mexicana va más allá de guiarse por el principio de igualdad y no discriminación puesto que debe resolver atendiendo al principio de igualdad de género dando mayor relevancia al padre que pueda

garantizar mejor el desarrollo integral del niño o niña, lo que incluye un ambiente de seguridad, sin violencia que garantice el bienestar psicoemocional del niño, así como el cuidado, amor y educación. Igualmente, y en atención a los derechos del niño se velará por el derecho de convivencia, es decir, del derecho de los niños a disfrutar de la atención, cuidado, compañía, convivencia con ambos padres.

En la actualidad 196 países han ratificado su adhesión a la Convención de los Derechos del Niño, por lo que sus cuerpos jurídicos referidos a los derechos del niño están basados en los principios fundamentales de los Derechos Humanos y atienden a los principios doctrinales de la protección integral del niño. A continuación, se desarrollan los aspectos concernientes a la patria potestad, guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes del Ecuador.

1.3.3 Patria potestad, guarda y custodia en el Ecuador

Ecuador se encuentra entre los países que han ratificado su adhesión no solo a la Convención de los Derechos del niño sino también a otras normativas internacionales que tratan la materia. La protección especial de los niños, niñas y adolescentes está contenida en la Constitución, leyes y códigos nacionales entendiendo con ello las diferencias existentes entre adultos y niños en cuanto a las posibilidades reales de acceder al pleno ejercicio de sus derechos. Desde la visión holística-integral que definen derechos, Ecuador se mantiene a la vanguardia, en la creación de leyes para garantizar a los niños niñas y adolescentes el goce de sus derechos.

Ahora bien, el hecho de tener leyes que protejan derechos no es garantía absoluta que estos se cumplan, de allí, que el Estado debe crear los mecanismos eficientes y efectivos que implica desde el cambio de paradigma que hace del niño, niña ya adolescentes ser sujeto de derecho y que toda acción legal debe atender su interés superior hasta hacer posible la integración de los diversos sectores de la sociedad para que realmente el niño pueda ser visto, tratado y sentido en toda su integralidad.

En este orden de ideas la situación ideal del niño, niña y adolescente es que convivan con sus padres en un clima de armonía que garantice su desarrollo físico, psicológico, social, cognitivo en las condiciones óptimas, cuando esto no sucede y los padres se separan la patria potestad, tenencia y custodia se pueden convertir en

elementos de conflictos que pueden afectar al niño en todas sus dimensiones, de allí la necesidad de profundizar en su conocimiento a fin de minimizar los impactos que estas puedan tener en el desarrollo integral del niño.

El régimen de tenencia o guarda custodia tiene amplia relación con la patria potestad como ya se ha señalado, de modo que resulta necesario analizar en que consiste el mismo. En este sentido, el autor Manuel Ossorio define a la patria potestad de la siguiente forma:

Con junto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período (Nuñez Estrada, 2016, pág. 34)

En la definición realizada por el autor, se observa como en efecto la patria potestad es un concepto mucho más amplio que el de tenencia, ya que este implica todo el conjunto de derechos, poderes y obligaciones que tienen los progenitores sobre sus hijos y que les permite gobernar varios aspectos de su vida hasta que los mismos cumplan con la mayoría de edad.

Dicho de otra forma, la tenencia solo implica la obligación de cuidado diario de uno de los progenitores o los dos respecto a sus hijos, mientras que, en el caso de la patria potestad, se incluyen todos los derechos de distinta naturaleza, tanto los derechos subjetivos como los patrimoniales, que los padres deberán administrar en representación de sus hijos.

En Ecuador la patria potestad es compartida por ambos padres, esta potestad les confiere la autoridad necesaria para la formación y conducción de los hijos e hijas hacia el desarrollo integral de su personalidad para ello, los padres, asumen los derechos y garantías precautelares establecidas como deberes, entre ellas; A) La educación, B) La protección del niño, niña y adolescente, C) la manutención y D) el deber de corregirlos.

A) La educación aborda tanto la educación informal como la formal. En cuanto a la educación informal, también llamada educación del hogar, es aquella que va unida a la enseñanza de los valores y principios morales y éticos, individuales y sociales que permitan al niño irse formando criterios de lo que es “bueno y lo que es malo”, afianzar valores como la responsabilidad, el compromiso, la solidaridad,

respeto, honestidad, entre otros, es decir, darle al niño y niña las herramientas para vivir en sociedad enmarcada en el “Buen vivir”.

En cuanto a la educación formal es un derecho de corresponsabilidad Estado-familia-sociedad contemplado en el Art. 26 de la Constitución, es un derecho que no prescribe y “y un deber ineludible e Inexcusable del Estado”. Para ello el Estado “garantiza la educación gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.” (Art. 28). Basados en este articulado los padres tienen el deber y la obligatoriedad de operacionalizar la asistencia escolar de sus hijos, así como estimular su aprendizaje y ofrecerle todas las condiciones posibles para el desarrollo de sus habilidades, destrezas y competencias que le permitan, insertarse en un futuro al desarrollo económico y social de la nación.

B) La protección del niño, niña y adolescente. Este deber ese encuentra íntimamente ligado a la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescente. La responsabilidad de ambos padres está en proteger a los hijos de situaciones de riesgo, el hijo debe permanecer bajo la vigilancia y control de sus padres, sin menoscabo de sus derechos individuales y fundamentales como son la libertad, socializar, expresarse libremente, entre otros. En relación a este punto es importante resaltar que el lugar de habitación del hijo es el establecido por los padres, por lo cual puede ser obligado a permanecer en él, sin embargo, si hay algún hecho que lo imposibilite en esta convivencia, bien sea por maltrato, abuso por parte de alguno de los progenitores debe ejercer su derecho de protección. En este punto hay que destacar que es deber de los hijos e hijas ser obedientes lo que se constituye en una atribución que tienen los padres para guiar y educar a sus hijos.

C) El derecho de alimento: la manutención es un concepto amplio que abarca: alimento, vivienda, ropa, escolaridad, salud y todas las necesidades básicas que pueda tener el hijo o hija. En el Título V, Capítulo I. Art. 2 del CNA lo establece como un derecho natural en la relación paternofilial. Es importante acotar que dicha pensión busca garantizar no solo la supervivencia sino una vida digna. La legislación ecuatoriana establece que son titulares de este derecho los menores de 18 años de edad, haciendo la salvedad que si él o la joven está estudiando y no pueden trabajar para costearse dichos estudios tienen derecho a la pensión de alimento hasta los 21 años.

D) El derecho y el deber de corregir. Este es realmente un punto delicado porque requiere de mucho autocontrol de los progenitores en el trato con sus hijos. La corrección debe hacerse con moderación de tal manera que no afecte al niño, niña o adolescente es su aspecto psicológico, tratando se hacer de dicha corrección una oportunidad de aprendizaje que motive al niño a hacer las cosas de mejor manera. Las consecuencias de cualquier tipo de violencia infantil, deja secuelas en el infante y adolescente, al respecto señala: (Naciones Unidas, 2021)

La violencia tiene múltiples formas: desde los gritos, insultos y amenazas, |hasta a las humillaciones, los golpes y el abuso sexual, e incluyendo a la discriminación y la negligencia. En todos los casos, deja severas consecuencias a nivel físico, psicológico y social, y erosiona la capacidad de desarrollar mecanismos de cuidado y aptitudes para toda su vida.

La psicología considera que no es pertinente la corrección física, es decir, en ningún caso es apropiado corregir las conductas golpeando al niño, se deben buscar estrategias menos agresivas, Al respecto la Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño (Naciones Unidas, 2021) insta a los Estados a tomar medidas legislativas que prohíban la violencia física tanto en la familia como en las escuelas. Por otro lado, el legislador ha previsto las situaciones extremas de maltrato y abuso infantil, dicha acción se encuentra sustentada en el Ar.112 del Código de la Niñez y Adolescencia y puede llevar a la suspensión de la patria potestad. Indudablemente el niño requiere de disciplina y los padres están en la obligación de corregir y orientar a sus hijos, pero este acto no debe llevar violencia física ni psicológica.

1.3.4 Características y reglas de la patria potestad

En el derecho ecuatoriano la patria potestad involucra a la familia, los padres y madres, hijos e hijas y la sociedad por lo que la legislación, en cuanto a este punto, es de orden público y tiene las siguientes características: a) Es personal, intransferible e indelegable, por lo que no es enajenable y solo puede ser ejercida por el padre o la madre, salvo casos de excepción que contempla la ley. (Art.105 del CNA). B) Tiene carácter obligatorio siendo un deber al cual no se puede renunciar. C) Es relativo, no perpetuo y tangible. Termina al hijo ser mayor de edad, relativo y tangible en cuanto a que el padre o la madre pueden perderla de manera temporal o permanente. d)

Indisponible porque al estar sujeta al derecho público la persona, por voluntad propia, no puede modificar ni regular su ámbito y aplicación.

El artículo 106 del CNA establece las reglas para confiar la patria potestad, para lo cual el juez escuchará a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en capacidad de expresar su opinión, la cual valorará y posteriormente seguirá las siguientes normativas: 1.- Si los acuerdos a que han llegado los progenitores atienden al interés superior del niño, el juez los respetará. 2) Si no hay acuerdo entre los progenitores o dichos acuerdos no favorecen al niño, la patria potestad se confiará a la madre cuando el niño o niña es menor de 12 años de edad y si tal medida no lo perjudica. 3) Si el niño es mayor de 12 años la patria potestad se confiará al progenitor que tenga mayor estabilidad emocional y que pueda aportar mejores condiciones para el desarrollo integral del niño. 4) En caso de que ambos padres se encuentren en iguales condiciones la patria potestad se le dará a la madre, cuando esta acción no afecte el interés superior del niño o niña. 5) En caso de que el padre o la madre se encuentre en falta por alguna de las causales que contempla el art.113 del CNA le será negada la patria potestad. 6) Si ambos padres se encuentran inhabilitados para ejercer la patria potestad el juez facultará a un tutor para ejercer la función (Ecuador, Congreso Nacional, 2003).

Las causales para privar o perder judicialmente la patria potestad a que hace referencia el Ord. 5 del art. 106 se encuentran en el Art. 113 del CNA. Estas son:

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. (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

1.3.5 Relación entre patria potestad, guarda y custodia

La patria potestad como se ha venido señalando es definida en términos de relación deberes-derechos que los padres y madres tienen con respecto a sus hijas e hijos menores de 18 años. El artículo 18 de la Convención de los Derechos del niño,

insta a los Estados a reconocer el principio “de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”.

El Estado ecuatoriano establece la corresponsabilidad de ambos padres para el cuidado y asistencia de los hijos. Al respecto en la Constitución (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) en el Art. 69 ordinal 1 se expone la obligatoriedad de ambos progenitores de ser responsables de la crianza, del desarrollo integral y de la protección de todos los derechos de sus hijos e hijas y en el Ord. 5 el Estado se compromete a promover esta corresponsabilidad, haciendo que se cumplan los deberes y derechos tanto de los padres y madres hacia sus hijos como el deber de los hijos hacia sus padres.

Ahora bien, uno de los problemas que se suscitan con más frecuencia cuando la pareja se separa o divorcia es la tenencia de los hijos, es decir, la guarda y custodia de los niños, niñas o adolescentes habidos en la relación. La tenencia o guarda y custodia hace referencia a la convivencia, a ese día a día que implica la crianza, cuidado y asistencia del niño, y que de muchas maneras está determinado por la persona con quien vive, por lo que, si no hay ningún impedimento legal, de los señalados en el Art. 113 del CNA será con el padre o la madre según el acuerdo entre ellos, o en su defecto lo que determine el juez.

En la corresponsabilidad parental se comprende que ambos progenitores participan de manera “activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” aun cuando estén separados y siempre en beneficio del interés superior del niño. En atención a este principio se encuentra el derecho de convivencia con sus padres el cual queda establecido en la Constitución en el artículo 45.1 que ratifica el derecho de tener una familia y de disfrutar de la convivencia familiar, para ello la ley prevé el régimen de visitas que Silva (2010) citado por (Cangas, 2019) acota que el objetivo de dicho régimen es: “estrechar las relaciones familiares, la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe contemplar tanto el interés de los padres como el de los hijos menores” De donde se desprende que tanto padres como hijos necesitan mantener esta relación afectiva, de crianza y de compromiso filial.

Por otra parte, en el Art. 118 del CNA, queda establecido que la tenencia no altera la patria potestad y que la misma se regirá por el Art. 106 del CNA anteriormente

citado. Es relevante acotar que la tenencia de los hijos e hijas según el Art. 119 puede ser modificada por el Juez siempre tomando en cuenta que ello no cause daños al niño, niña o adolescente en atención al principio del interés superior.

Para aclarar la afirmación anterior es preciso entonces apuntar una definición de lo que significa la guarda custodia, aclarando que la misma suele tener varias denominaciones como tenencia, aunque la primera denominación es la que mayormente se utiliza a nivel internacional, de allí que se utilizaron algunas de las definiciones aportadas por autores como (Echeverría Guevara, 2012, pág. 22) quien al respecto señala: La guarda custodia es un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad.

De acuerdo a la definición anterior, se entiende que la guarda custodia implica la situación por medio de la cual se le confiere a un progenitor o a ambos la posibilidad de que tengan la compañía habitual de sus hijos, siendo la tenencia o guarda custodia, una parte de la patria potestad, de allí que estos dos términos no deban ser confundidos, pues el segundo resulta mucho más amplio como se señalará más adelante.

Uno de los aspectos más importantes de la tenencia entonces es el hecho de que, siendo confiada la compañía del hijo a uno de sus padres o a los dos, serán estos los encargados de poder tomar decisiones que no afecten en gran medida el desarrollo del hijo, pues en este caso se trataría ya del ejercicio propio de la patria potestad.

Por su parte, el tratadista Luis Ragel, define a la guarda custodia o tenencia en los siguientes términos:

La guarda y custodia consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto, el cuidado, educación y formación integral de aquel por parte de éste o éstos. (Ragel Sánchez, 2001, pág. 23)

Según la explicación ofrecida por el autor se comprende como la patria potestad a una situación de convivencia entre los padres y los hijos que debe ser

habitual y prolongada, de modo que implica un régimen por medio del cual se le confiere a uno o los dos progenitores la facultad de educación, cuidado y formación.

1.4 Afectación al derecho de niños, niñas y adolescentes por la vulneración al principio de igualdad

La historia reseña que es a comienzos del siglo XX que comienzan a darse los primeros pasos para la protección de los niños, creándose normas internacionales sobre sus derechos y a reconocerlos como sujetos plenos de derecho, rompiendo así el paradigma tradicional donde los hijos para las leyes eran objeto de derecho; así se tiene que para el Derecho Romano la infancia presentaba una situación meramente privada y era solamente el padre de familia el titular de los derechos de los menores de edad en lo concerniente a la patria potestad, capacidad jurídica, bienes y derechos sucesorios niños fue de poca relevancia en el ámbito jurídico, siendo esta una época dura para la infancia y especialmente para los niños nacidos fuera del matrimonio y para las niñas en general ya que ellas no representaban ningún valor económico.

Fue en el siglo XVIII que por vez primera surge el concepto de bienestar del niño en el derecho inglés, otorgándoles ciertas protecciones a los infantes, pero aún desde el derecho privado. Cuando se da paso a la industrialización los niños trabajaban a la par con los adultos, compartiendo no solamente las mismas horas de trabajo, sino también las mismas condiciones de riesgo para la salud e inclusive de peligro para la vida. Fue este escenario lo que motivó la creación de normas internacionales para proteger a la infancia.

1.4.1. El Principio de Interés Superior del niño, niña y adolescente.

Para 1959 La Declaración de los Derechos del niño establece, en el segundo principio, que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que se pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

De esta manera se establece El Principio de Interés Superior del niño, lo que conlleva a entender que tanto para la promulgación de nuevas leyes, como para la aplicación de las mismas se debe velar porque el resultado sea siempre, en la medida de lo posible el mayor beneficio para el bienestar del niño. Luego para 1989 en la

Asamblea General de las Naciones Unidas, se realiza “La Convención sobre los Derechos de los niños: (Convención de los Derechos del Niño, 1989) donde en su Artículo 3 se utiliza este principio, expresando que:

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El advenimiento de este principio a nivel internacional lo colocó como base fundamental para el desarrollo de los sistemas de protección de la infancia y la adolescencia a nivel mundial y paso a formar parte importante como sustento y guía en la jurisprudencia sobre derechos y obligaciones sobre los niños ya que se hace efectivo a través del respeto y protección de los derechos de éstos en cualquier ámbito.

Dentro de las funciones más relevantes de este principio se encuentran las citadas (Paulette, Banchón Mario, & Pincay, 2012)

- Función orientadora tanto para jueces como para autoridades sobre la decisión correcta en relación al disfrute efectivo de los derechos del niño.

- Función reguladora de la normativa de los derechos del niño, fundamentándose en la dignidad del ser humano.

- Función hermenéutica en la interpretación sistemática e integral de las normas, acorde con el predominio de los derechos de la infancia.

- Función de resolución de normas que convergen en casos específicos, ya que induce a la mejor opción que optimice los derechos del niño, con la menor restricción posible.

- Función directriz ya que orienta el desarrollo de las políticas públicas relacionadas con los derechos de la niñez.

- Función de prioridad frente al conflicto de derechos de otras personas.

- Función de obligatoriedad: Su cumplimiento es obligatorio tanto en el ámbito público como privado.

Todas estas funciones promueven un equilibrio entre las diferentes normativas vigentes en cada Estado de suscitarse un conflicto de intereses. De igual manera

siempre se debe tomar en cuenta el carácter casuístico o particular de cada realidad, así como el cambio en el tiempo de los criterios y opiniones sobre su vida en la medida que el niño, niña o adolescente va creciendo y madurando.

1.4.2. Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños

El 20 de noviembre de 1989 en La Asamblea General de la ONU fue proclamada y adoptada la Convención de los derechos del niño, donde se establecen los derechos inalienables de todos los niños, así como los deberes y obligaciones de los padres, las madres, los poderes públicos, el Estado, y la sociedad en su conjunto, incluyendo a los niños y niñas, para de esta manera garantizar el respeto de esos derechos y su disfrute por todos los niños sin distinción alguna.

Dentro del preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 2021) se enuncia como su objetivo o fin que todo niño; “pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian”. Para ello comienza la Declaración con los diez principios pilares fundamentales de los 54 artículos que en ella se proclaman. A continuación, se enuncian los principios uno, dos y seis por ser de notorio interés para la presente investigación:

Principio 1 El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2 El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 6 El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse

al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

En un análisis sobre la vulneración al principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la patria potestad en el Ecuador se hace necesario y obligatorio la observación de estos principios para entender la muy necesaria consideración de los derechos del niño.

1.4.3 Marco legal de la protección de los derechos del niño en el Ecuador

Ecuador ha ido creando y adaptando su ordenamiento jurídico a las teorías, doctrinas y principios basados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en todos aquellos instrumentos legales internacionales como Cartas, convenios, declaraciones y pactos que de manera particular tienen como prioridad la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La Convención de los Derechos del Niño (Convención de los Derechos del Niño, 1989), en adelante CDN, se constituye en un instrumento fundamental para la protección de los derechos del niño. En su preámbulo hace un recordatorio sobre la proclamación contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto a los derechos que tiene la infancia a cuidados especiales, resaltando igualmente la importancia de la familia en la sociedad y su valor como el núcleo natural de crecimiento y bienestar, haciendo hincapié en las necesidades de protección y asistencia que requieren los niños para su incorporación responsable a la sociedad.

En este mismo orden de ideas en el artículo 3 ordinal 1 del CDN (Convención de los Derechos del Niño, 1989) señala que toda acción que tome el Estado a través de sus instituciones y que sean inherentes al niño deberá estar regida por el Principio del Interés Superior del Niño, ratificando en el Art. 9.1 la función ineludible de los Estados para velar porque los hijos permanezcan al lado de sus padres, estableciendo que las excepciones son las que determina las respectivas leyes y siempre, en atención al interés superior del niño.

La Constitución ecuatoriana recoge en su articulado la doctrina y los principios de los derechos del niño, de tal manera que en su artículo 45 hace a los niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos y garantiza el goce de los derechos comunes a

todas las personas, entre ellos, el derecho a la vida y a disfrutar de la convivencia familiar y social, atendiendo a su desarrollo integral, en corresponsabilidad del Estado-familia-sociedad, todo ello bajo el principio del interés superior del niño (Art. 44) y en el Capítulo tercero Art. 35 incluye a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria, extendiendo su alcance hasta la mujer embarazada, es decir, la protección del niño y la madre antes del nacimiento de este. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En el Código de la Niñez y Adolescencia (Ecuador, Congreso Nacional, 2003) referido a los derechos, garantías y deberes en su art. 15 ratifica la condición de sujetos de derechos a los niños, niñas y adolescentes y a todos los derechos que de manera específica correspondan a su edad. Dentro de estos derechos es oportuno resaltar el artículo 21 referido al derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes “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” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

El artículo 22 (Ecuador, Congreso Nacional, 2003) señala la importancia de que los niños y adolescentes vivan y se desarrollen al amparo de su familia biológica y cuando esta convivencia no sea posible siempre se atenderá al principio del interés superior del niño. En todo caso, con la familia constituida o no Estado-familia-sociedad deben garantizar los derechos del niño que le permitan su desarrollo físico, psicológico y socio-afectivo. El artículo 21 es de gran relevancia para la presente investigación porque al mismo tiempo que señala el derecho de los niños a la convivencia con sus padres se entiende que los padres tienen igual derecho para convivir con sus hijos aun cuando exista una separación de la pareja.

Ahora bien, según las proyecciones del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) para el 2020 el grupo etario comprendido entre 0 y 17 años representa aproximadamente el 31% de la población ecuatoriana siendo un sector importante con necesidades de atención específica. Por otra parte, en cifras aportadas por el Sistema SURI (Registro civil) reporta que durante el año 2020 hubo 22.442 divorcios, ello sin contar con la disolución de las familias de hecho. (Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, 2015)

Por lo general, la desintegración legal familiar trae consigo dificultades con respecto a las responsabilidades y derechos de los progenitores en relación a los hijos habidos en la unión y la garantía y goce de los derechos de los niños y adolescentes, por lo que es pertinente preguntarse ¿Qué pasa con los derechos de los niños que son parte de estas familias disueltas?, ¿Cómo el Estado ecuatoriano protege y garantiza legalmente sus derechos? ¿Cuáles son los derechos que asisten a las madres y los padres con respecto a los hijos cuando se disuelve la unión de parejas? De estas preguntas surge necesariamente la institución jurídica patria potestad, a continuación, se profundiza en este concepto y sus implicaciones legales.

1.4.4 Afectación psico-social de la niña, niño y adolescente en los procesos de separación la pareja constitutiva de su familia

Los altos índices a nivel mundial sobre el divorcio o la separación conyugal son realmente alarmantes en especial por su clara tendencia al ascenso, el Ecuador no escapa de ello, cada año se incrementa la proporción de divorcios en el ámbito legal, quedando fuera de muchas estadísticas la separación conyugal, puesto que la misma se da sin ninguna asistencia legal que le acompañe. A nivel familiar esta situación se caracteriza por ser un proceso psicológico significativo que afecta profundamente a todos los miembros de la familia, porque ello trae grandes cambios de tipo; afectivos, económicos, sociales, legales y personales, siendo los hijos directamente afectados, generando consecuencias cuyo impacto variara de acuerdo a factores como la edad, el sexo, la presencia o no de apoyo, si el divorcio o la separación fue conflictiva o no, entre otro gran número de factores particulares que se surgirán de acuerdo a las características de cada caso.

Cada niño en particular expresa sus emociones de malestar, rabia, tristeza, entre otras, ante la ruptura familiar, la situación de separación o divorcio produce cambios que afectan claramente el estado mental, social y físico de los hijos, lo que crea en ellos variaciones a nivel psicológico que pueden repercutir en su vida y en su desarrollo, en la opinión de (Nuñez Maderos, 2017, pág. 6)

Los hijos de padres divorciados tienden a tener mayor inestabilidad emocional que otros niños a causa de la separación indeseada de alguna de las figuras paternas, también tienden a tener problemas de salud, como la aparición de enfermedades gastrointestinales y somatizaciones a nivel físico, así mismo, pueden presentar bajo

rendimiento escolar,, al igual que problemas para relacionarse, dificultad para adaptarse, problemas psicológicos y/o conductuales, tales como conflicto y enfrentamiento con los pares, conductas de exceso o abuso, ansiedad, bajo estado de ánimo, depresión, inadecuado control de los impulsos y emociones.

Es importante acotar que el mismo autor refiere que los niños que mayormente sufren estos problemas son los niños que les ha tocado vivir divorcios o separaciones conflictivas, así como abandono y olvido por parte de alguno de los padres después de la separación.

1.5 El proceso judicial contenido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia y la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

Al abordaje de la patria potestad, guarda y custodia de los hijos e hijas puede ser un punto de conflicto entre las parejas que se separan, sin embargo, como se ha analizado el legislador parte, de entrada, en la conceptualización, del consenso, convenio y corresponsabilidad de ambos padres para el ejercicio de sus derechos y deberes en la protección, crianza y educación de los hijos habidos en la unión. Cuando la pareja no logra ponerse de acuerdo es necesario recurrir a las vías judiciales para que un juez decida lo que es más beneficioso para los hijos, porque realmente, no se trata de la madre o del padre se trata de la estabilidad psicológica, social y física del niño.

En este y en todo este proceso legal hay principios que rigen las decisiones jurídicas, entre ellos el principio de igualdad y no discriminación el cual está contemplado, primeramente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 7 que nos iguala ante la ley sin ningún tipo de distinción. Esta igualdad es un principio amplio que hemos internalizado y que los asociamos a otros principios, valores y derechos como la libertad y la dignidad, tal como señala (Barragán, 2017, pág. 34):

El principio de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad de la igual dignidad de toda persona humana, lo cual es sostenido tanto por las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial, constituyendo la igual dignidad de toda persona el fundamento de

todos los derechos fundamentales, del orden constitucional, como asimismo constituye un principio de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional.

Por lo que podemos entender que el principio de igualdad, junto a la dignidad y la no discriminación tienen carácter universal, es un principio que rige los ordenamientos jurídicos, garantizando a todos los ciudadanos, un trato igual en la aplicación y práctica del derecho. La igualdad ante la ley abarca distintas dimensiones, completamente entrelazadas ya que se encuentra íntimamente ligado a la justicia, la imparcialidad y la igualdad de condiciones.

La Constitución ecuatoriana expresa el principio de igualdad y no discriminación en el Artículo 11.2 al referirse a los principios que rigen el ejercicio de los derechos: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) al ser un principio se convierte en un eje transversal que prevalece y es exigible en la interpretación y aplicación en los demás derechos y al ser un principio sustantivo es aplicable en sí mismo. Sin embargo, el constituyente fue más allá del principio de igualdad, ampliando su conceptualización en el artículo 66 Ordinal 4 que señala que: “Se reconoce y garantizará a las personas: el Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

El derecho a la igualdad formal es el derecho de igualdad ante la ley lo que significa que su aplicación es para todos y en paridad de trato. Este derecho tiene la finalidad de evitar sesgos en la interpretación de la ley, que no haya arbitrariedad ni voluntariedad en los poderes públicos al aplicar la norma jurídica. La igualdad formal evita los privilegios, dando seguridad jurídica a los ciudadanos.

La igualdad material consiste en la igualdad de oportunidades para lo cual el Estado establece distintos mecanismos como las acciones afirmativas temporales que buscan que los grupos que tradicionalmente han sido discriminados se encuentren en iguales condiciones ante la ley, tal como lo señala la Constitución (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) en el Art. 11.2., por lo que la igualdad material ubica a la persona en el contexto social y si existen diferencias naturales o sociales busca compensarlas evitando de esta manera posibles injusticias y discriminaciones sin menoscabo del reconocimiento y ejercicio de los derechos.

Otro aspecto que es relevante en cuanto al concepto de discriminación es la distinción entre discriminación directa e indirecta. La primera hace referencia a la discriminación explícita a personas o grupos sociales dentro de la ley, las políticas del Estado o en la dinámica social. La discriminación indirecta es cuando al aplicar la norma o política que aparentemente es neutral, el resultado de la misma perjudica a la persona o grupo que son vulnerables.

Cuando se plantea una situación de conflicto de tenencia y custodia de los hijos los principios del interés superior del niño, el principio de igualdad y no discriminación, así como legislar desde una perspectiva de género son fundamentales para lograr que los niños, niñas y adolescentes que estén inmersos en la situación sean lo menos afectados posible y se garanticen sus derechos con la visión holística que se amerita.

El proceso civil como cualquier otro proceso judicial, o procedimiento administrativo debe, observar los principios y garantías constitucionales que permitan otorgar a las partes participar en un proceso justo y apegado a la Ley. En el proceso civil que tiene como fin último el reconocimiento o no de un derecho, se deben respetar que los sujetos procesales actúen en igualdad de condiciones, y dispongan de las herramientas normativas que les permitan defender sus intereses puestos en conflicto.

El Juez como árbitro del proceso debe actuar de manera imparcial, y se debe escuchar a ambas partes de forma igualitaria, sin que esto implique que las partes deben ser iguales, pero sí que deben tener igual tratamiento para efectos del desarrollo del proceso. En igual sentido se entiende que el juez en una determinada controversia no podrá limitar las oportunidades de cada una de las partes en sus posiciones.

Ahora bien, para que las normas procesales puedan tener asidero constitucional y se encuentren ajustadas a la norma, debe contar con una norma sustantiva que lo sustente y le sirva de fundamento. Si en determinado proceso existe una falencia o debilidad en los supuestos de hechos contenidos en la norma sustantiva, el proceso jurisdiccional que sólo cuenta con los preceptos contenidos en las normas adjetivas, serán de igual forma débiles y en nuestro caso, vulneradores de derechos y garantía constitucionales como los establecidos en los principios de igualdad y no discriminación.

Es evidente que en la actualidad todavía existen tratos discriminatorios que se presentan tanto a nivel fáctico como también jurídico, pues como en el caso del confío de la patria potestad y tenencia, y los preceptos desarrollados en lo relativo al ejercicio de la patria potestad en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (Ecuador, Congreso Nacional, 2003), existe una disposición constitucional expresa en cuanto a la igual responsabilidad y derechos que tienen ambos padres, por lo que en este caso, se puede afirmar que existe un claro ejemplo de discriminación normativa, al otorgarse siempre privilegio en la entrega de la tenencia a uno solo de los progenitores, que es el caso de la madre, situación que debe ser corregida a fin de que no se vulneren derechos.

En este punto de la investigación se hace necesario hacer referencia obligada al contenido del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, (Ecuador, Congreso Nacional, 2003) especialmente lo establecido en los numerales 2 y 4 que señalan lo siguiente:

Artículo 106. Reglas para confiar el ejercicio de la Patria Potestad. Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condición de expresar su opinión, observará las siguientes reglas: (...)

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. (...)

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.

Las reglas procesales que describe la norma arriba transcrita se encuentran claramente establecidas y son de obligatorio cumplimiento para los operadores de Justicia. Sin embargo, las mismas normas plantean una clara preferencia hacia uno de los progenitores, lo cual vulneraría el principio de igualdad y no discriminación, cuando de manera expresa manifiesta por una parte que cuando no haya acuerdo entre los progenitores, o el acuerdo sea perjudicial para el niño o niña, el juez debe confiar la patria potestad a la madre; y por otro lado también se confía el cuidado del niño o niña a la madre si los dos progenitores presenten iguales condiciones.

Ahora bien, de acuerdo con lo explicado anteriormente sobre los supuestos conceptuales para la discriminación, se puede observar, que en este caso el padre, se encontraría en una posición de desigualdad, aún y cuando se presenten iguales condiciones para el cuidado de los hijos. Esta circunstancia se subsume claramente en las descripciones para considerar que existe una discriminación a nivel normativo, y en consecuencia se estarían vulnerando los principios a la igualdad y no discriminación afectando los derechos del padre.

1.6. Breve análisis de la Sentencia No. 28-15-IN/21

El 24 de noviembre del 2021, el Pleno de la Corte Constitucional, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, (Ecuador, Congreso Nacional, 2003) la sentencia realiza un análisis sobre el principio derecho de igualdad y no discriminación y el principio derecho de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, además se realizó una articulación de ambos principios con el derecho a la corresponsabilidad parental. La Corte determino que disposiciones que constan en el Código de la niñez son inconstitucionales, de la misma manera señalo que deben existir ciertos parámetros para evaluar caso por caso el encargo de la tenencia y así vencer estereotipos de género.

Esta Sentencia permite corroborar lo manifestado en todo el desarrollo de este trabajo de investigación por lo que se han abordado los tres elementos antes descritos, en referencia a la corresponsabilidad parental la misma Corte señala que esta es una figura que busca el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, se encuentra vinculada directamente con el interés superior de los mismos.

Ahora bien, la Corte se ha manifestado de una manera especial sobre el principio de igualdad y no discriminación, ya que no solamente hace un análisis desde las categorías sospechosas. Al respecto categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el

artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). La Corte concluye en lo siguiente:

153. La norma impugnada establece un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como lo es el sexo, en lo referente a la mujer. En cuanto al sexo y a la clasificación mujer, este grupo (a) está sujeto a discriminación⁶³; (b) el grupo ha sido históricamente discriminado⁶⁴ en mayor grado; y, (c) los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variar ni con la voluntad de la persona. Por otra parte, en cuanto a la clasificación sexo, hombre, esta no recae en ninguno de los factores mencionados, por lo que no existe un alto grado de probabilidad de discriminación, limitándose a encasillarse en una categoría protegida. (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2021)

Este análisis es lo que permite que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo de las frases “(i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, de los numerales 2 y 4 del artículo 106 de Código de la Niñez y Adolescencia

CAPITULO II

METODOLOGÍA

Como metodología de esta investigación fue pertinente y necesario usar un conjunto de caminos lógicos y procedimientos para una investigación científica lleva de forma adecuada y métodos para que la investigación sea mostrada de manera sistemática, también fue necesario aplicar técnicas de investigación social como encuestas, además, modos alternativos en procesos de indagación bibliográfica.

Es menester recordar que los adelantos de la ciencia (sociales y exactas), se forman a partir de conceptos que llevan en sí un camino de procedimiento, este camino de procedimiento es lo que hoy en día llamamos metodología, la metodología se ha desarrollado en la misma medida en que se han desarrollado las ciencias. La ventaja de los procedimientos jurídicos es que pueden usar cualquier metodología rigurosa epistemológicamente, esto ayudando a que las decisiones tengan mayor consciencia y un campo de análisis más fidedigno. Lo que se debe entender por metodología es que es una serie de caminos o bien puede entenderse como técnicas de rigor científico que se aplican sistemáticamente durante un proceso de investigación para alcanzar un resultado teóricamente válido. En este sentido, la metodología funciona como el soporte conceptual que rige la manera en que aplicamos los procedimientos en una investigación (Coelho, 2019, pág. 4).

Determinar los métodos cualitativos y cuantitativos que se van a usar en la investigación son necesarios para los capítulos siguientes. Un análisis normativo sobre los numerales 2 y 4 del artículo 106, requiere no solo una investigación superficial sobre sus transgresiones sino, también las implicaciones que tiene (en todos los casos contradictoria) sobre las personas implicadas en los procedimientos de la confianza de la patria potestad y tenencia

2.1. Métodos usados en la Investigación.

Los métodos a utilizar tienen que ver con dos ramas de la ciencia, método científico-experimental y métodos científicos-humanistas, para no fraccionar la investigación que se realiza. Como menciona (Bolaños Vivas, 2015)

En el mundo científico y cultural contemporáneo, aún se constata una fractura epistemológica entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu; entre el método científico-experimental y los métodos que siguen las ciencias humanísticas; entre los científicos que indagan sobre el mundo físico y los que lo hacen sobre los aspectos abstractos de la realidad. Es decir que las metodologías, aquí escogidas **debe manejárselas en una forma integral.**

2.1.1. Método Inductivo

Este método ayuda a establecer conclusiones generales a partir del de premisas particulares. Es decir, de algunas propuestas o fenómenos que se manifiestan en personas o temas específicos ayudan a sacar una conclusión general. En el ámbito jurídico debe entenderse que “su aplicación permite establecer conclusiones generales derivadas precisamente del análisis de las normas jurídicas que por un lado garantizan derechos a las personas y otras que los vulneran” (Quimbita, 2017, pág. 76).

2.1.2. Método Deductivo

Este camino de razonamiento es necesario en la investigación porque se podrá ir en dirección contraria al método inductivo. Este nos ayudará a que te propuestas a nivel general serán observadas en los casos particulares, o de la propuesta general se pueda desplegar en otras propuestas según los casos. Esta forma de razonamiento nos puede ayudar cuando las causas no pueden ser observables. En el tema jurídico esta puede ayudar a desenmascarar las creencias con respecto a los temas la confianza de la patria potestad y tenencia, cuidado, maternidad y paternidad. También nos puede ayudar a descubrir principios desconocidos en los trámites legales “esto quiere decir que si conocemos cierta ley podemos aplicarla en casos particulares menores” (Quimbita, 2017, pág. 77).

2.1.3. Método Histórico

Este método ayuda, con respecto a una comparación a través de la historia; una comparación de los sucesos, investigaciones y fenómenos pasados con respecto a los presentes. Este método se compone del conjunto de técnicas en base al manejo de fuentes primarias. Dentro del ámbito jurídico, las principales fuentes primarias, son las leyes, los códigos orgánicos y casos referentes al tema. Esta metodología compone varias fases:

a) Heurística: Esta fase identifica el material relevante con respecto al tema. Usando sobre todo fuentes primarias y secundarias. También “En muchos casos se toma en cuenta como fuente (primaria o secundaria dependiendo del tipo de estudio) la tradición oral” (Ramírez J. , 2019).

b) Crítico: esta fase es muy importante porque ayuda a que se haga una evaluación rigurosa de las fuentes, sobre todo de las contradicciones que estas presentan, entre los hechos y lo narrado. Para los procesos jurídicos los reglamentos deben ser analizados desde que fueron narrados hasta los hechos que implican esa regla.

c) Síntesis y exposición: El método sintético, que serpa presentada en el siguiente punto, es el método que ayudará que lo desglosado en la fase crítica del método histórico sea sintetizado en conclusiones más fidedignas. Es decir que “su enfoque más bien intenta presentar sus conclusiones bajo los argumentos que mejor expliquen el hecho histórico; es decir, apoyado por la mayor cantidad de evidencia y el menor número de suposiciones” (Ramírez J. , 2019, pág. 56)

2.1.4. Método Sintético

Este método, dentro de la investigación puede ayudar con respecto a mostrar un armazón teórico, o en este caso legal, sobre un tema respectivamente a partir de elementos que explícitamente se encuentran separados, pero en forma implícita se trastocan unos con otros. Este método ayudará a construir una teoría desglosada en varios fenómenos legales. En otras palabras, lo fenómenos legales, van a hacer el inicio de un cuestionamiento, no necesariamente mostrarán la realidad fundamental, sin embargo, como dice: (Bolaños Vivas, 2015)

No se trata de negar el esfuerzo, el proceso y los resultados de la investigación en las ciencias de la naturaleza, sino de considerarlos como puntos de partida que “dan qué pensar “a las ciencias del espíritu y abren horizontes de comprensión ecuménica entre los procesos y resultados, tanto de las ciencias de la naturaleza, pero también de las mismas ciencias del espíritu.

Lo que se busca es comprimir la información de los hechos, junto a los investigados para caracterizar de mejor forma causas o consecuencias de los mismos.

2.1.5. Método Analítico

Detrás de toda afirmación teórica, o detrás de todo fenómeno que se presente como determinan existen un sinnúmero de elementos que son fundamentales, para saber si tal fenómeno o tal teoría es fidedigna, o rigurosamente confiable. El método analítico puede ser de gran utilidad a la hora de desenmascarar hechos o afirmaciones, presentadas como comunes, naturales o reales. Este método es el más empleado en los procesos científicos empíricos, se trata de separar los elementos del todo y estudiarlos cada uno en su singularidad.

2.1.6. Método Hermenéutico

En este trabajo se opta por el método hermenéutico, porque este tiene que ver con un arte de interpretación y funciona como puente para el diálogo entre las diferentes propuestas científicas. La hermenéutica a diferencia de la exégesis que “se encarga de realizar la interpretación de un conjunto de normas, con el objeto de determinar el espíritu de las mismas” (Quimbita, 2017, pág. 76), sirve para interpretar, no solo textos y el origen de las palabras dentro de este texto, sino una interpretación integral de aquello expresado en un fenómeno o en un texto, además poner a dialogar estos dos, buscando su sentido más original. La hermenéutica en los procesos judiciales “ha sido utilizada desde hace más de dos siglos por los historiadores, fundamentando la separación de las llamadas ciencias naturales y ciencias sociales” (Coelho, 2019, pág. 46)

2.1. Método cualitativo y cuantitativo.

Estos métodos hacen referencia al tipo de instrumentos utilizados en la investigación, instrumentos de investigación con naturaleza cualitativa, otros con naturaleza cuantitativa. La primera dará datos sobre las cualidades de un objeto, un fenómeno o un tema. La segunda hace referencia a número, porcentajes, sobre el estudio de un tema. Los en este caso son formas de traducir una misma realidad de investigación, los dos métodos necesitan de la observación permanente.

En la investigación cualitativa se deben dar una serie de fases, necesarias para que el proceso sea organizado y coherente. Las fases son: La preparatoria donde se da la reflexión del tema, otra fase es la fase de diseño, donde se genera un instrumento para recolectar información. La investigación cualitativa, refiere a las

mismas fases, con la diferencia de que el instrumento de investigación cambia de variables, de ver las cualidades a cuantificar las características.

La investigación cuantitativa con los test de hipótesis no sólo permite eliminar el papel del azar para descartar o rechazar una hipótesis, sino que permite cuantificar la relevancia clínica de un fenómeno midiendo la reducción relativa del riesgo, la reducción absoluta del riesgo y el número necesario de pacientes a tratar para evitar un evento (Pita Fernández & Pértegas Díaz, 2002, pág. 78).

Es decir que las dos metodologías pueden hablar de un mismo tema, desde diferente perspectiva. En este tema, es pertinente para la investigación de campo.

2.2. Metodología Fenomenológico

Este tipo de metodología se va a tomar de la filosofía, este trata de ver los hechos tal cual se presentan. En este método, (Bolaños Vivas, 2015) nos ilumina diciendo que “Husserl...autor de estas líneas [o de este método] buscar una vía de conciliación entre las ciencias que buscan la objetividad experimental utilitaria y aquellas otras ciencias que indagan sobre la subjetividad humana”. En los procesos judiciales, no solo se tiene en cuenta la problemática la confianza de la patria potestad y tenencia en cuanto a su ejecución, sino a cómo lo perciben los implicados en ella: los progenitores y niños, niñas o adolescentes.

La fenomenología expone que la conciencia, tratada como objeto, ofrece un límite a esta pretensión: la subjetividad humana es el fundamento de todo conocimiento científico. Por ende, existe un error lógico al tratar de exponer el fundamento a través de lo que este ha fundado (Fuster Guillen, 2019).

Estos errores se pueden presentar en la medida en que la ley jurídica afirme contradicciones con respecto al numeral 2 y 4 del artículo 106.

Usar de forma asertiva estos métodos ayudarán a que la investigación sea críticas y propositivas dentro de la temática. Los procesos jurídicos deben ser transformado desde una fundamentación rigurosa, en sus narrativas como en sus procedimientos; y este rigorismo epistemológico debe verse reflejado en la coherencia judicial.

2.2. Diseño de Investigación.

El diseño de la investigación, en base a todas las metodologías utilizadas en el trabajo, debe ser de tipo cuantitativo y cualitativo. Es de tipo cuantitativo porque se manejarán porcentajes de la población estudiada mediante encuestas. También será de tipo cualitativo porque la población estudiada también será entrevistada con preguntas oportunas para desarrollar el tema y caracterizar la problemática.

Sin embargo, también se estructuras más: una bibliografía pertinente para este estudio y una población determinada.

2.2.1. Fuentes secundarias.

Este trabajo se desarrollará con base a trabajos investigativos sobre el tema, ensayos, y libro. Además, se usará documentos importantes dentro de lo legislativo, como códigos orgánicos y Constituciones. Se han considerado autores que han aportado con su investigación científica a la nueva doctrina respecto de la patria potestad de los hijos menores de edad respecto de las familias monoparentales, así como resoluciones y sentencias tanto internacionales como nacionales, convenios internacionales de obligatorio cumplimiento adoptados por organismos de derechos humanos ratificados por el Ecuador, normativa constitucional e infra constitucional nacional y los análisis realizados por países que han adoptado la confianza de la patria potestad y tenencia en sus respectivas legislaciones. Dentro de las fuentes de investigación este trabajo se basará en los siguientes como principales y claves para desarrollar la problemática.

Este artículo hace referencia a cómo en España, comienza la problemática en torno a la confianza de la patria potestad y tenencia y al parecer con el tiempo se ha obtenido resultados que son analizados por la autora evolución y reflexiona sobre el desarrollo de esta. Aprobar esta ley, significó un adelanto en torno a los modelos de la confianza de la patria potestad y tenencia Esto frente a Ecuador que aún es impensable reproducir este tipo de modelo. Entre los argumentos centrales en contra del reconocimiento legislativo de la custodia compartida se encuentra el hecho de que la custodia compartida se puede utilizar por los progenitores masculinos para reducir la pensión vitalicia. (Lathrop Gómez, 2008, pág. 443).

En cuanto al ámbito emocional y de derechos de los niños, (Narváez, 2019, pág. 45), realiza una interesante compilación de referencias desde la literatura especializada a propósito de los efectos de la custodia compartida en la vida emocional de los niños. Por otro lado, referente a la satisfacción de los progenitores, la autora señala que, los padres y madres que comparten la custodia expresan más satisfacción, a diferencia de las custodias monoparentales protagonizadas por las madres. Los conflictos legales son iguales, sin embargo, a pesar de que la custodia y patria potestad compartida no parece disminuir ni incrementar el conflicto, pero si permitir mayores niveles de comunicación. (Valverde Ibañez, 2004, pág. 52)

La investigación de Guerrero trata sobre cómo la custodia compartida es una de las mejores opciones legales para sistemas jurídicos en Ecuador, ya que es una forma efectiva en el caso de los divorcios o crisis familiares. Una por prioridad del niño, niña o adolescente, otra porque el sostenimiento y crianza de los dos primogenitores evita un sinnúmero de violaciones a los derechos de la familia. Por eso, entre las recomendaciones de la autora se debe hacer una reforma de los modelos de la confianza de la patria potestad y tenencia en Ecuador. La otra fuente principal, dentro de la investigación es:

Para esto, (Ecuador, Corte Constitucional, 2016) señala que, dentro del examen del derecho a la igualdad, resulta oportuno aludir lo dicho por la Corte Constitucional respecto a las denominadas categorías sospechosas: como cuidado, tenencia, patria potestad. En este orden de ideas conviene indicar que dichas categorías han sido entendidas como aquellos criterios utilizados para establecer una diferencia constitucionalmente injustificable o cuya justificación es tan débil que no soporta un análisis sobre su razonabilidad o proporcionalidad. La Corte ha esgrimido también que muchos de esos criterios pueden ser usados como justificativos utilitaristas apelando a categorías como el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres. También debe entenderse que la calificación de una categoría como sospechosa no es una cuestión menor, desde que aquella comporta dos presupuestos: 1) Que deposite en aquella persona que haga una distinción, la responsabilidad total de demostrar si existe realmente un interés del estado en forma urgente. Y 2) Demostrar que el accionante efectivamente se encuentra en una situación de desventaja en el aspecto socioeconómico, se traduce en un inconveniente para ejercer su derecho a acceder a la justicia.

Al momento de analizar políticas públicas, normas jurídicas o actuaciones, es necesario pasarlas por el filtro convencional, es decir examinarlos a la luz del bloque de constitucionalidad. Éste se encuentra comprendido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras fuentes. En primer lugar, en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de Naciones Unidas, 1966) se señala que

Los Estados Parte (..) se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, por tanto, “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención de los Derechos del Niño, 1989) señala en el artículo 9, que “los Estados... respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

En lo que respecta al interés superior del niño, dentro del Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, ha definido el “interés superior del niño” como: La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad (Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 2009 , pág. 5)

Junto a esto, en lo que respecta al cuidado y crianza de los progenitores, se señala en el (Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, 2012) que

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño (pág. 8).

Por tanto, no son admisibles las especulaciones o estereotipos sobre las características personales de los padres. Y, por otro lado, acerca del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes para vivir con los dos progenitores, dispone que

El derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familia (Caso Gelman Vs. Uruguay, 2011, pág. 3)

Otro documento importante dentro de la igualdad y no discriminación, es el documento de la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), en su artículo 17 menciona de manera clara que “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello... que éstas no afecten al principio de no discriminación...” (Organización de Estados Americanos, 1979, pág. 7). Por tal razón, el derecho humano a que el niño pueda ser criado con sus progenitores, debería ser en igual proporción, en obediencia al principio de igualdad, ya que hacer lo contrario, sería discriminación.

Todos estos documentos ayudan a encaminar la investigación de una forma clara, sobre todo, porque van acordes al objetivo que se quiere lograr. Además, ayudan a comprobar que los numerales 2 y 4 del artículo 106 son un problema judicial, en un atentado a los derechos familiares. Esta bibliografía es oportuna, en cuanto puede direccionar el tipo de investigación directa con la población encuestada y entrevistada.

2.2.2. Característica de la Población Encuestada

La población seleccionada en la siguiente investigación consta de personas de la provincia de Pichincha en un número total de 40, entre los cuales se encuentra personas que ejercen la profesión de abogacía, algunos jueces y ciudadanos padres

de familia, todos ellos con la misma característica de estar implicados de una u otra manera en los casos judiciales de confianza de la patria potestad y tenencia. La población está distribuida de la siguiente manera.

Tabla 2. Distribución de la Población a Encuestar.

Tipo de Población	Muestra	Porcentaje
Juristas que ejercen su profesión, sobre todo vinculados al tema de divorcios	8	20%
Progenitores Masculinos, divorciados.	30	75%
Jueces	2	5%
TOTAL	40	100%

Elaborado por: Valenzuela Sánchez, Juan Pablo

2.2.3. Variables de la Investigación en la Población

Dentro de la Población se encontrará dos variables que son importantes, una dependiente y otra independiente. La variable dependiente es el tipo de población que se ve afectada por decisión de otros, sin estar implicado directamente dentro del problema, en este caso son los niños, niñas y adolescentes, los que sufren consecuencias beneficiosas o graves (dependiendo de las decisiones de los adultos), estas consecuencias se ven en su estado económico, físico, emocional. Por otro lado, la variable independiente es aquella que no recibe consecuencias de ningún tipo por la decisión de otros, simplemente por sus propias decisiones, en este caso los progenitores son la variable independiente, porque de ellos únicamente depende el divorcio y los acuerdos que tengan para la convivencia familiar.

2.3. Fiabilidad en los Instrumento de Investigación.

2.3.1. Instrumento de Investigación.

Se va a usar como técnica de investigación la encuesta. Este instrumento primero está destinado a 30 progenitores del sexo masculinos, esta encuesta busca analizar la experiencia personal de los padres con respecto a los derechos de la paternidad. Esta encuesta consta de las siguientes preguntas:

1. Tuvo hijos fuera o dentro del matrimonio. Si/no ¿Cuántos?
2. Ud. es una persona divorciada o separada. Sí/No ¿Hace cuantos años?
3. ¿Qué profesión tiene?
4. ¿Cuál es su ingreso mensual actualmente?
5. Ejerce actualmente la paternidad. Si/No
6. Pasó por un proceso judicial para confianza de la patria potestad y tenencia legal de sus hijos. Si/No
7. Tiene contacto físico y emocional con su o sus hijos. Si/No ¿Por qué?
8. Está obligado a pagar una manutención a la madre de los menores de edad. Si /No
9. Considera que el progenitor masculino está en condiciones para cuidar y salvaguardar a un menor de edad. Si/No ¿Por qué?
10. ¿Conoces qué derechos se están violando al ud. ser alejado de su o sus hijos? Si/No

Por otro lado, la encuesta también está encaminada a profesionales que ejercer la abogacía (considerando una población de 8 personas) con la finalidad de analizar la incidencia que existe de los trámites legales en el proceso de confianza de la patria potestad y tenencia. Esta encuesta cuenta con las siguientes preguntas:

1. ¿Ha tratado casos de divorcios en el que esté implicado la gestión paternal? Si/No
2. En estos casos, desde su experiencia o desde lo que ha escuchado o desde lo que sabe, ¿Quién termina con la custodia de los hijos: ¿Madre, Padre o un Sustituto?
3. ¿Considera que la custodia de un menor de edad se debe quedar en un modelo monoparental? ¿Existen otros modelos? Si/No

4. ¿Es constitucional que la confianza de la patria potestad y tenencia sea de tipo individual, dejando a una de las partes con un acercamiento únicamente económico? Si/No ¿Por qué?

5. ¿Qué debería considerarse como primordial en estos casos de divorcio con gestión paternal?

6. ¿Qué impacto emocional y psicológico reciben los niños en el caso de confianza de la patria potestad y tenencia de tipo individual?

Y, como punto final, lo jueces (considerando una población de 2) son otra población que será encuestada, con la finalidad de analizar cómo la confianza de la patria potestad y tenencia puede ser una opción dentro de los procesos jurídicos en el caso de divorcio y gestión de paternidad. Esta encuesta consta de las siguientes preguntas:

1. ¿Ha tratado casos de divorcios en el que esté implicado la gestión paternal? Si/No

7. En estos casos, desde su experiencia o desde lo que ha escuchado o desde lo que sabe, ¿Quién termina con la custodia de los hijos: ¿Madre, Padre o un Sustituto?

2. ¿Conoce el modelo de la tenencia compartida? Si/No

3. ¿Considera Ud. que la confianza de la patria potestad y tenencia compartida es una alternativa más eficiente frente al modelo de patria potestad y tenencia de tipo individual, donde solo uno de los progenitores se quede con la custodia? Si/No ¿Por qué?

4. ¿la confianza de la patria potestad y tenencia de tipo individual (la que actualmente existe y se ejerce legalmente en Ecuador), atenta contra los derechos dentro de la Constitución? Si /No ¿Por qué?

5. ¿Qué debería considerarse como primordial en estos casos de divorcio con gestión paternal?

6. ¿Es posible que los progenitores masculinos se queden con la custodia de su hijo? Si/No ¿En qué casos?

7. ¿Por qué en el numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia hay un resalte por la preferencia por la mujer? ¿No considera que esto es un acto discriminatorio?

2.3.2. Validez y confiabilidad de Investigación

Este trabajo muestra su validez dentro de la forma o procedimiento que sigue, junto a la aplicación de los instrumentos de investigación; esto se determina en los siguientes pasos:

a) Revisión de Información: bibliografía en fuentes primarias, estado del arte actualizado sobre el tema.

b) Especificación de la Problemática: se revisa el contexto de la problemática, con las categorías que implícitamente, en el marco jurídico se están entendiendo en forma incorrecta.

c) Elaboración de Preguntas problematizadoras: estas preguntas encaminan el problema a una posible solución de respuesta, estas preguntas están elaboradas desde el análisis del problema mismo.

d) Construcción de Instrumentos de Investigación: Estos instrumentos son elaborados con las posibles preguntas que pueden encaminar la solución de la investigación. Estos instrumentos fueron elaborados y revisados debidamente por expertos en el área de Jurisprudencia.

e) Análisis Normativo: El análisis normativo pone en contexto las investigaciones realizadas, todo con la finalidad de saber que posibles caminos de solución se pueden dar mediante este trabajo.

f) Análisis de Investigación y sus debidas conclusiones: Se desglosa el instrumento de investigación con cuadros estadísticos, analizando la realidad del contexto con respecto a la problemática; y se sacan las debidas conclusiones del trabajo realizado.

Por otro lado, la confiabilidad de los instrumentos de investigación se puede demostrar mediante la fórmula de análisis de encuesta, utilizada por Jhonny Quimbita (2017), en su trabajo de investigación Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, primer semestre 2016.

$$a = \frac{k}{k-1} \left[1 - \frac{\sum S_i^2}{S_t^2} \right]$$

Donde se debe entender que:

K = al número de encuestas realizadas.

1= Constante

Σ = Sumatoria entre S_i^2

S_i^2 = Varianza de los ítems

s_t^2 = Varianza de los Instrumentos de Investigación

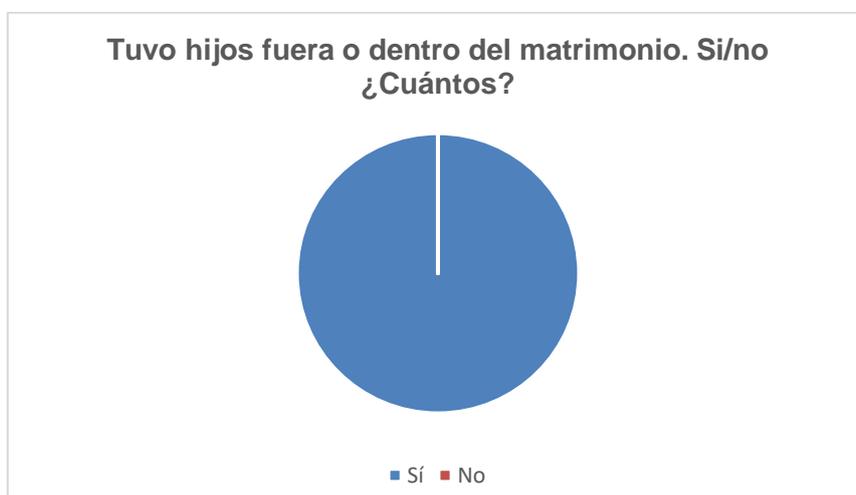
Antes del análisis de los datos obtenidos según las encuestas. Es Necesario dar un análisis normativo sobre los derechos y obligaciones que se están vulnerando dentro de los numerales 2 y 4 del Artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS, APRENDIZAJES Y HALLAZGOS

Se realizaron tres tipos de encuesta, dependiendo del estrato de la población estudiada. Primero se encuentran los progenitores del sexo masculino, divorciados, la muestra fue de 30 individuos a lo cual se puede obtener que: De la pregunta numero 1 referente a si la persona engendró hijos dentro o fuera del matrimonio, a lo que contestaron

Figura 2. Encuesta 1, Pregunta 1

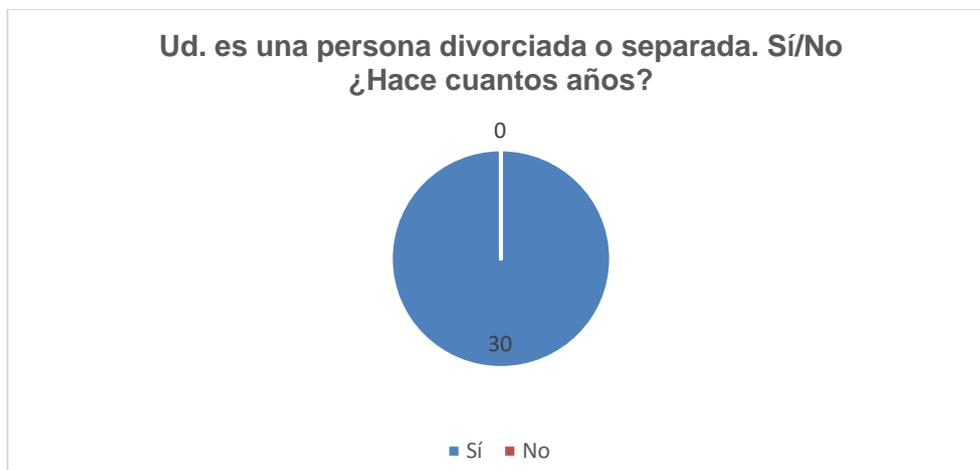


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Según lo encuestado, de 30 personas del sexo masculino todas son progenitores dentro o fuera del matrimonio. A lo que respondieron tener entre 1 a 4 hijos (niños y niñas). Cabe recalcar que no todos tuvieron hijos con la misma mujer. Se puede entender que existe una incidencia de paternidad alta en Pichincha.

En la pregunta número 2, referente a la situación de divorcio.

Figura 3. Encuesta 1, Pregunta 2



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Según lo respondido en las encuestas, de 30 progenitores masculinos, se da el caso que todos pasaron por el proceso de divorcio o separación con su pareja. Los encuestados manifestaron que llevan desde 3 meses a 6 años separados de sus parejas, algunos se encuentran solteros actualmente, otros iniciando una relación, y otros nuevamente casados.

En la pregunta 3, referente a la dedicación laboral de los encuestados, se obtuvo:

Figura 4. Encuesta 1, Pregunta 3

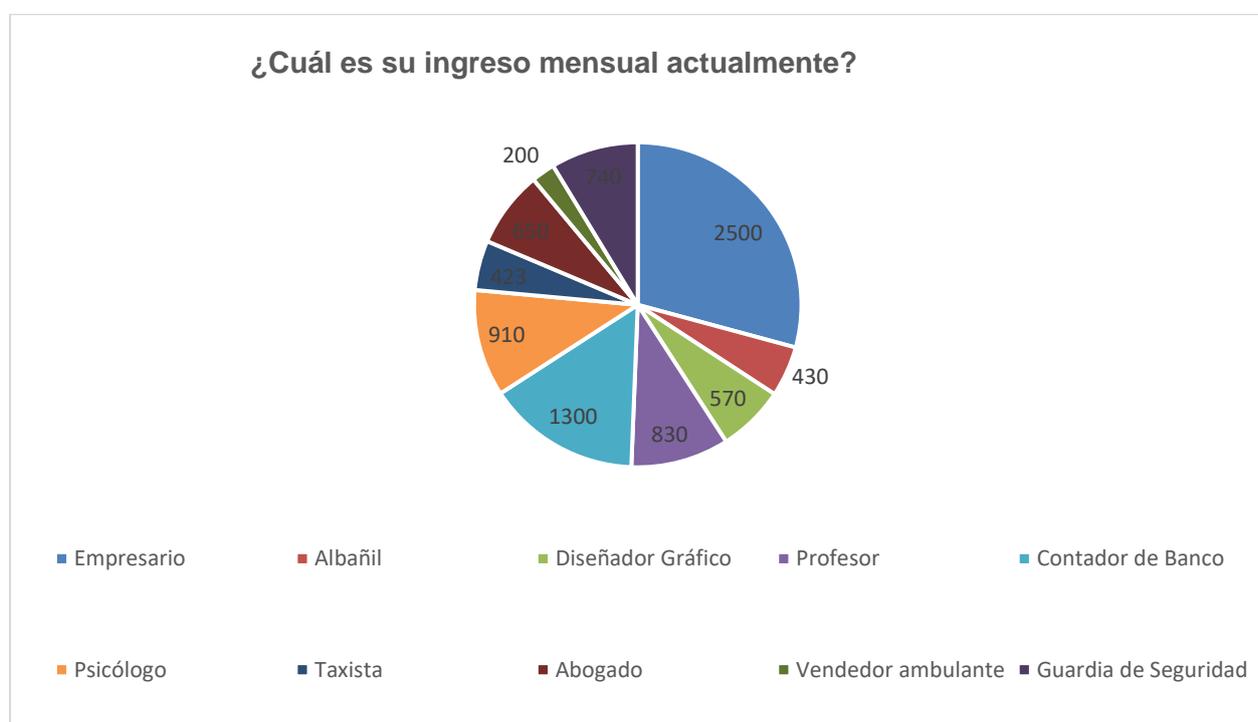


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De 30 encuestados, se encuentra el caso de que trabajan: jurisprudencia 1, área empresarial 3, profesores 7, albañilería 1, consultoría psicológica 4, Diseño Gráfico 4, Taxista 3, Guardia de Seguridad 1, Contabilidad bancaria 3, venta ambulante 3. De lo que se puede deducir, a pesar de la situación actual de pandemia, todos de una u otra manera tienen responsabilidades laborales para el sostenimiento de sí mismo, pero ¿Será así para el cuidado de otro vulnerable?

En la pregunta 4, referente a los ingresos mensuales para evaluar el sector económico. Según lo respondido, se pudo obtener que:

Figura 5. Encuesta 1, Pregunta 4



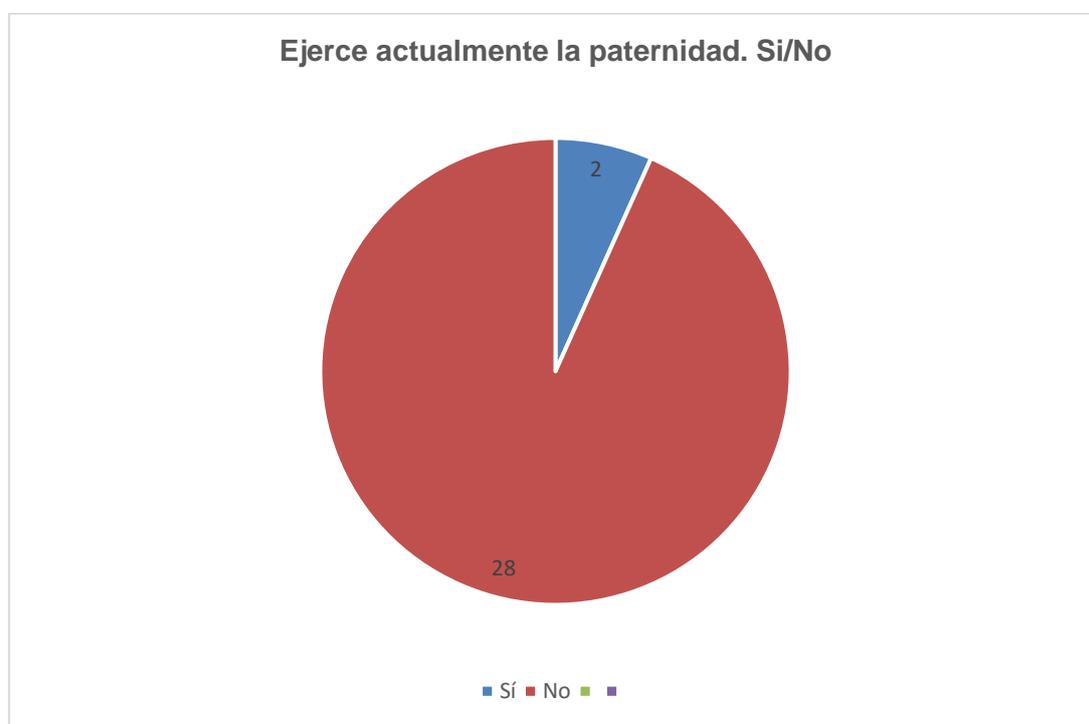
Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Según las profesiones los ingresos son de un monto redondeado: los trabajadores de empresa ganan alrededor de \$2500, el trabajador en albañilería gana alrededor de \$430, los diseñadores gráficos manifiestan ganar alrededor de \$570, los que trabajan en el sector de la docencia ganan alrededor de \$830, los contadores de banco ganan alrededor de 1300, los que trabajan en el área de psicología ganan \$910, los de servicio de taxis manifiestan ganar alrededor de \$423, el trabajador de jurisprudencia manifiesta ganar al mes \$650, el guardia de seguridad gana \$740 y el

vendedor ambulante gana alrededor de \$200. Lo importante de las respuestas dadas por los encuestados es que la situación económica de una u otra manera, ayuda o no, al mantenimiento de los hijos. Para casos que ganan alrededor de \$2500 el sostenimiento propio y de un hijo es posible, sin embargo, otros casos como el de ganar alrededor \$200 se complica el cuidado propio más aún en el cuidado de un menor de edad. Además, esto refleja una proporción entre los ingresos con el nivel de educación de los encuestados.

En la pregunta 5 referida al ejercicio de la paternidad, se tuvo los siguientes resultados.

Figura 6. Encuesta 1, Pregunta 5

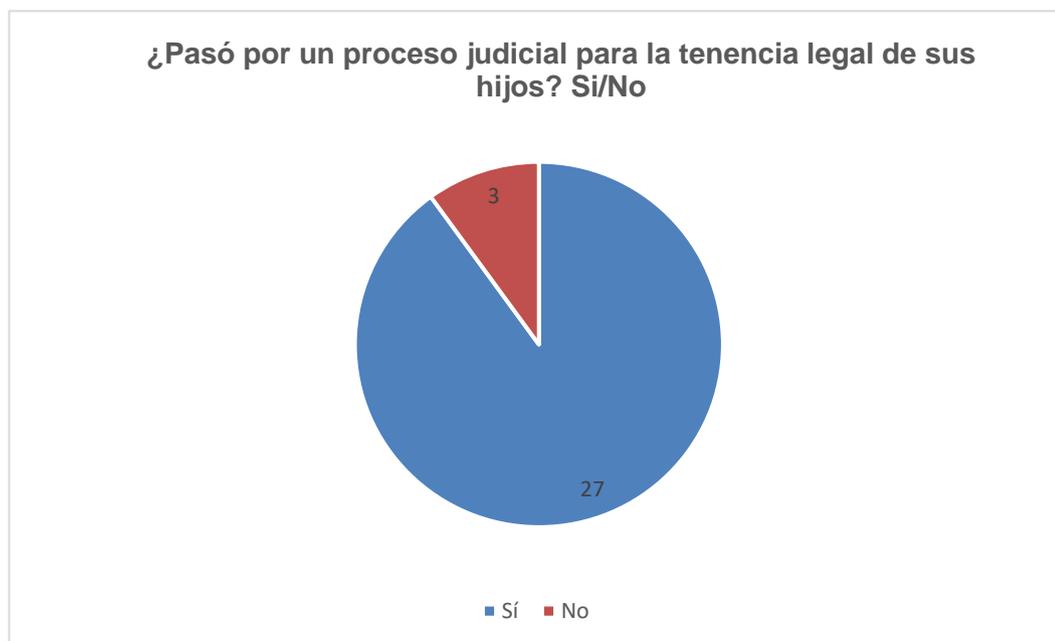


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De 30 encuestados, que anteriormente manifestaron tener hijos dentro o fuera del matrimonio 28 personas mencionan que no ejercen la paternidad y solo 2 personas respondieron que sí la ejercen. Los que respondieron que no, manifiestan que sus exparejas no dejan acercarse a los hijos. Los que respondieron que sí es porque las madres de los menores murieron en algún momento. Se puede deducir que el impedimento al ejercicio de la paternidad no solo se da por irresponsabilidad paternal, sino también por el impedimento del progenitor materno. Por otro lado, existe el caso de un compromiso total en el cuidado de los hijos, como el de las dos personas

que ejercen su paternidad completamente. En la pregunta número 6, referida al proceso judicial para la tenencia de los menores de edad, a lo que se tuvo en respuesta:

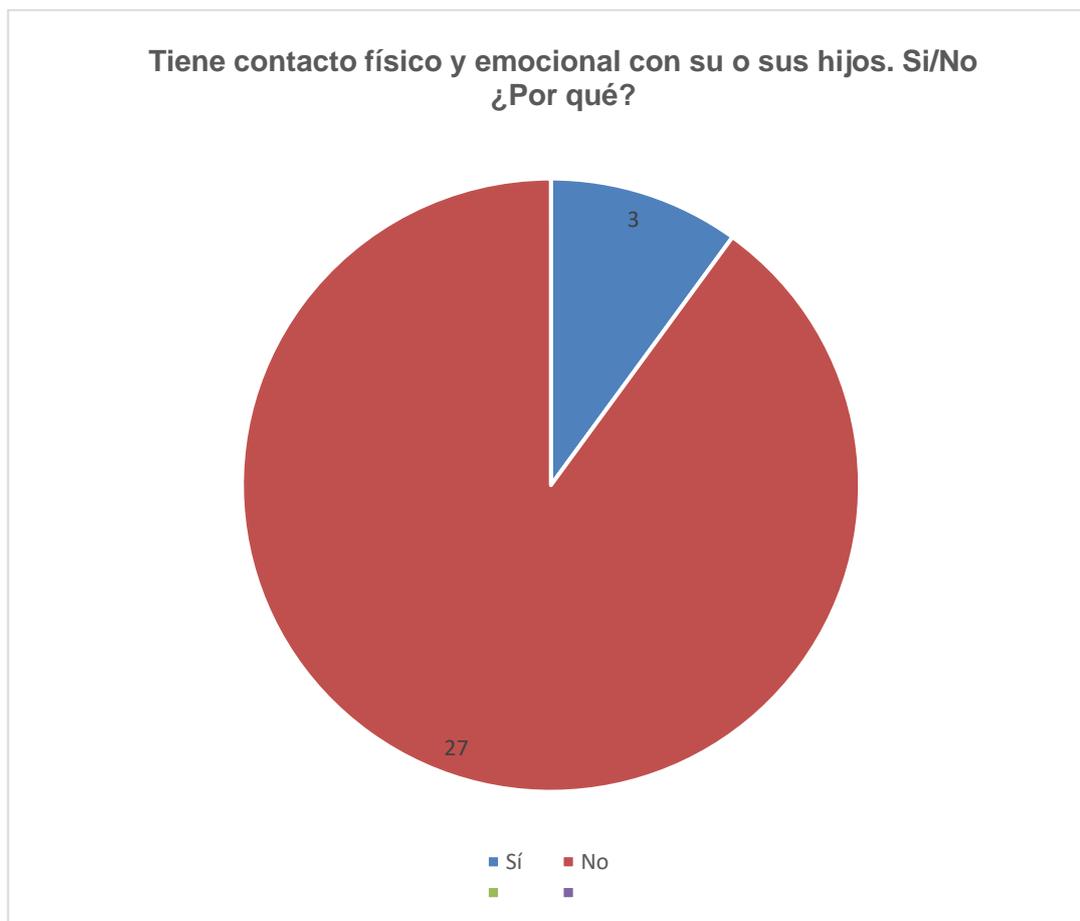
Figura 7. Encuesta 1, Pregunta 6



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De los 30 encuestados que tienen hijos, 27 sí pasaron por el proceso de la tenencia legal de sus hijos y 3 de ellos no. Esto refleja que en los casos legales del confío de la patria potestad y tenencia se ha procedido por una preferencia a la mujer según el numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, esto a pesar de que la mayoría puede ejercer su paternidad desde varias dimensiones con facilidad, al igual que las madres de los menores. Aquellos que no pasaron por el procedimiento legal de la tenencia de sus hijos fue porque en los dos casos donde progenitor femenino murió dejando la custodia automática a los padres. Pero existe un caso en el que se le impide ejercer la paternidad sin el debido trámite legal. La pregunta problematizadora que surge de este análisis es ¿Sirve de algo pasar por un trámite legal de tenencia, cuando al final de cuentas siempre los hijos van a terminar con el progenitor femenino? En la pregunta sobre el contacto con el menor de edad, las personas encuestadas manifiestan que:

Figura 8. Encuesta 1, Pregunta 7



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De las 30 personas, solo 3 personas tienen un contacto continuo con sus hijos o hijas, los 27 restantes no. Los que sí tienen este contacto es porque en dos casos no cuentan con el progenitor femenino, y un caso es porque se llegaron a acuerdos responsables entre los dos progenitores. Los que manifestaron que no es porque el progenitor femenino impide ese contacto. Puede que tras estas respuestas se pueda interpretar que existe un abuso de poder para el progenitor femenino, esto debido a que la ley ampara ese poder; sin embargo, debería prevalecer una igualdad.

En la pregunta 8, acerca de la cuanta de manutención en forma obligada, se obtuvo que:

Figura 9. Encuesta 1, Pregunta 8



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De las 30 personas encuestadas 28 están obligados a pagar, es decir tienen solo sobre todo ese acercamiento con sus hijos, el económico. También están los dos casos donde no existe ninguna obligatoriedad, porque la responsabilidad es totalmente de ellos al criar a sus hijos. Puede que el estado al obligar al progenitor masculino a pagar la cuota de la manutención este asegurando la responsabilidad, pero no está garantizando el derecho.

La pregunta 9, sobre la consideración de si el progenitor masculino tiene condiciones propias para cuidar y salvaguardar a un menor de edad.

Figura 10. Encuesta 1, Pregunta 9

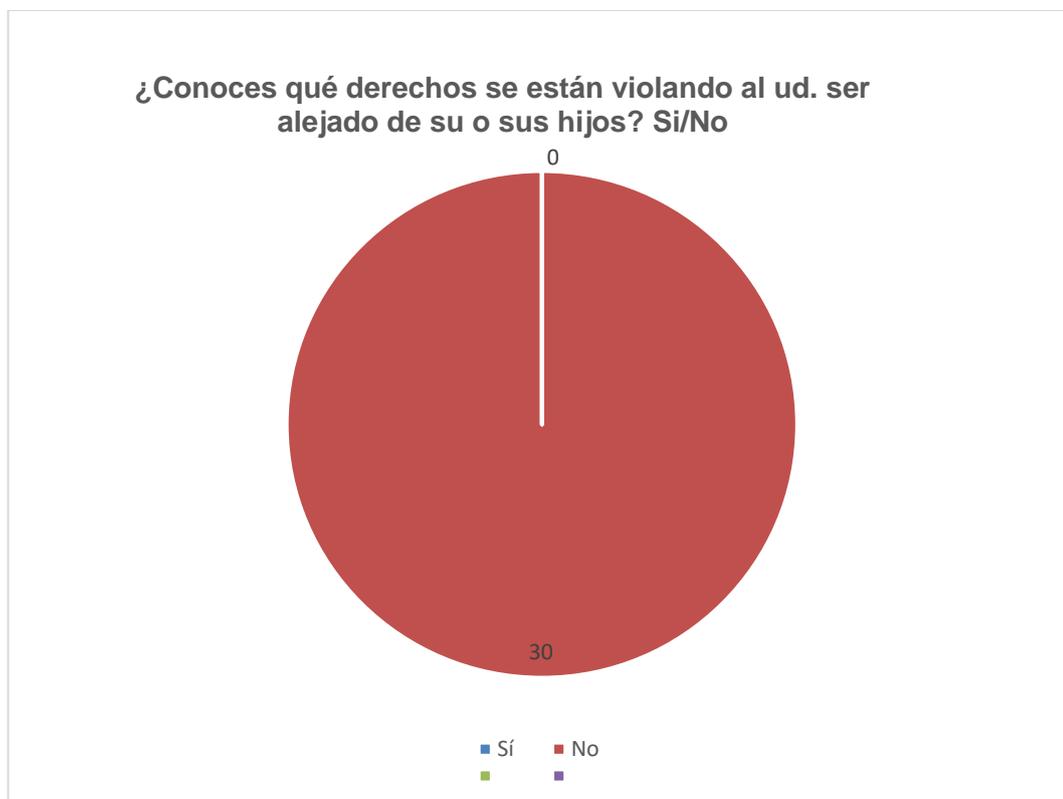


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De 30 encuestados 19 mencionan que sí, que el progenitor tiene esa capacidad para cuidar a un menor de edad, por otro lado 11 menciona que no, que esa capacidad no existe. Los que responden sí, hablan de que desde su propia experiencia ellos se sienten en la capacidad, y, es más, quieren cuidar a sus hijo e hijas con todo lo que implica esa tarea. Aquellos que respondieron que no, mencionan en algunos casos que, aunque quisieran su modo de vida no alcanza para responsabilizarse de otra persona, otros mencionan que la madre está mejor preparada que ellos y otros dicen que no son personas como para cuidar a un menor.

De la pregunta 10, sobre el conocimiento de los derechos violados en la prohibición de ejercer su paternidad, se obtuvo que:

Figura 11. Encuesta 1, Pregunta 10



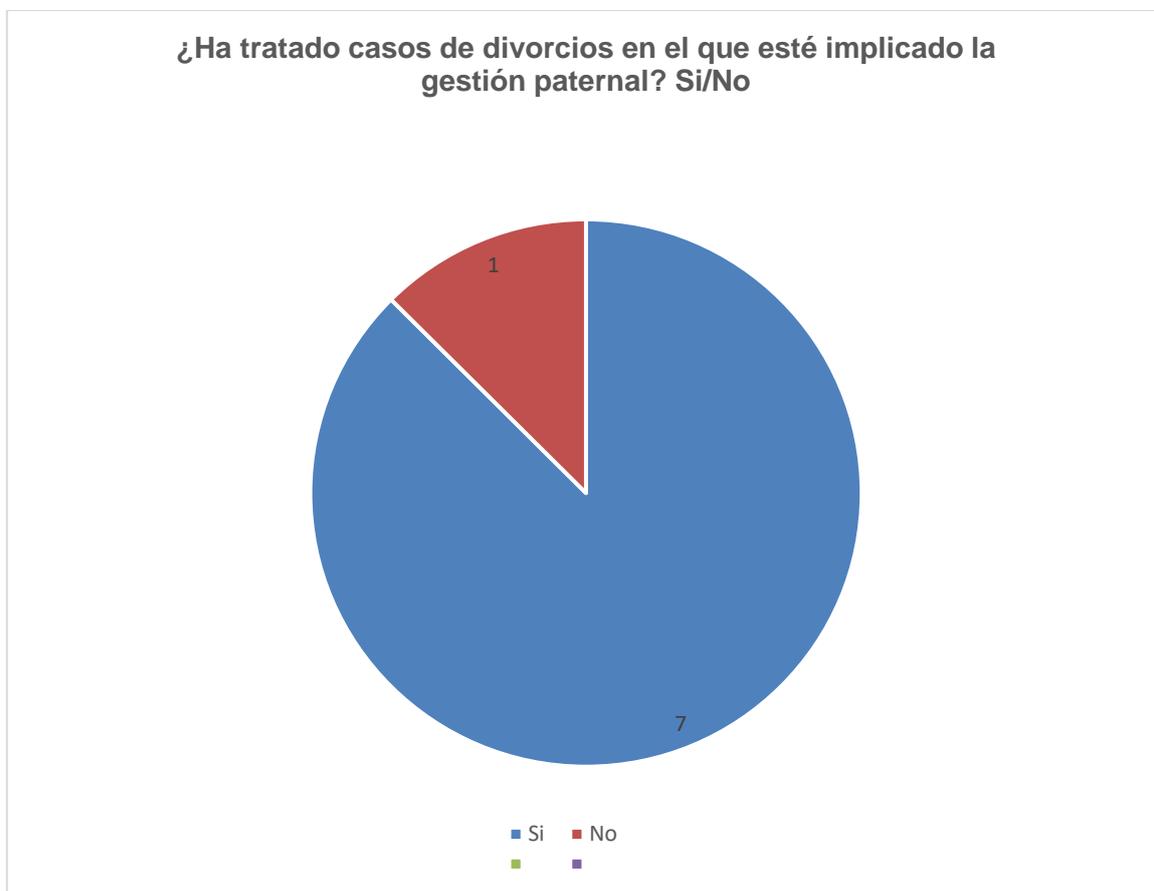
Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Ninguno de los encuestados conoce los derechos que tienen para el ejercicio de la paternidad. Puede darse el caso que, debido al desconocimiento, todos los casos en el que esté implicada la tenencia de un menor los padres de familia en Ecuador no manifiesten un abuso a sus derechos, simplemente acepten o naturalicen la decisión tomada por los jueces.

Por otro lado, se hizo encuestas a personas que ejercen la jurisprudencia, en una totalidad de 8 personas. En estas encuestas se puede observar los siguientes resultados.

De la pregunta uno acerca de su incidencia con casos de divorcio en el que se implique gestión paternal, se obtuvo que:

Figura 12. Encuesta 2, Pregunta 1

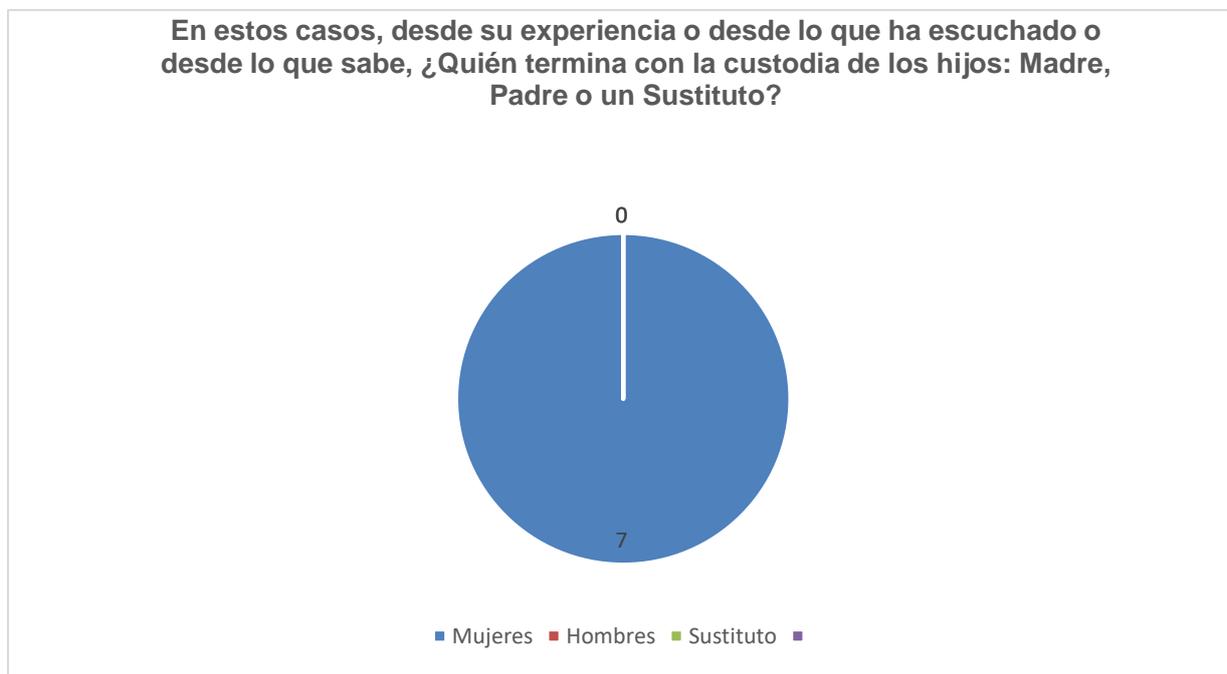


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De las 8 personas encuestadas, 7 han tratado casos legales de divorcio en el que esté implicado la gestión de paternidad. Solo una persona no ha trabajado con estos casos, por la razón de ser nuevo en el trabajo de jurisprudencia. Sin embargo, del resultado se puede deducir que los encuestados son personas con experiencia en el asunto de divorcio y del tema de la tenencia.

En la pregunta 2, sobre quién termina con la custodia de los hijos en la mayoría de casos, se obtuvo que:

Figura 13. Encuesta 2, Pregunta 2

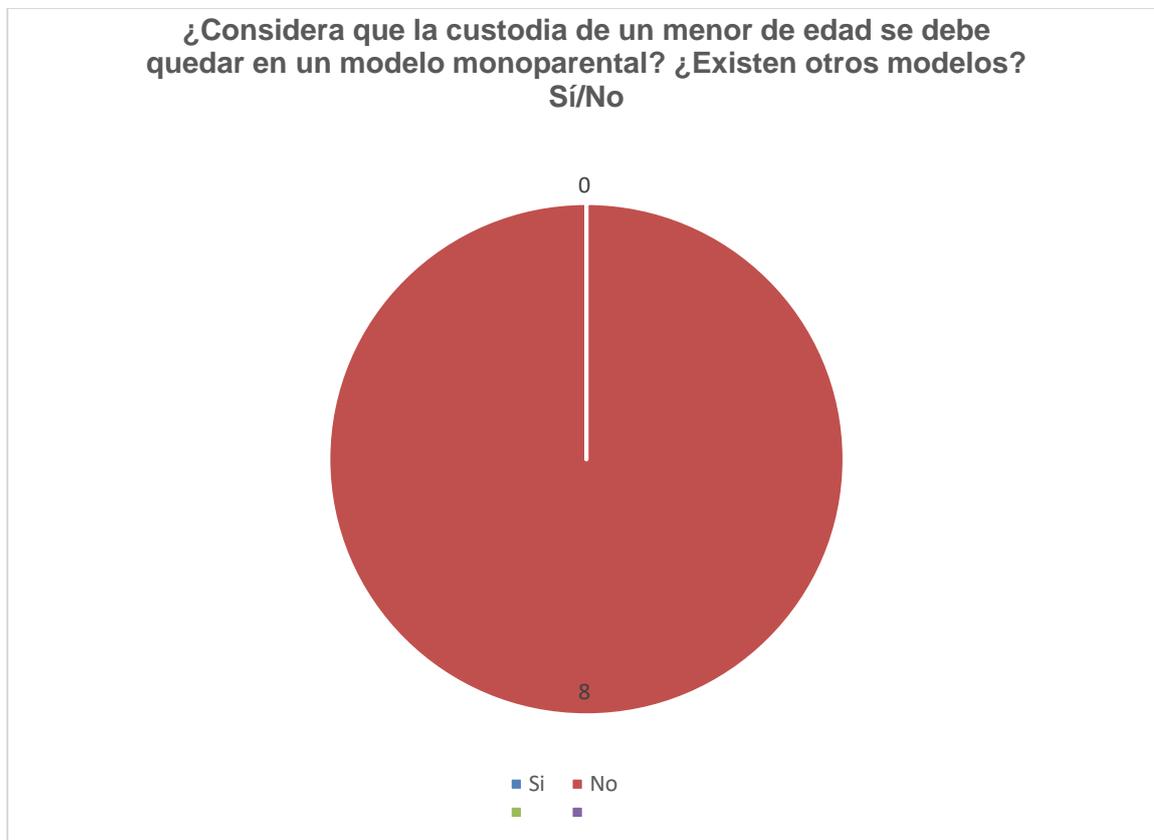


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

En la mayoría de casos, con un procedimiento normal, la custodia queda con la madre. Respondieron que, en casos excepcionales, el menor de edad queda con el padre o con un custodio sustituto, esto por la simple razón de que la ley ampara la custodia de la mujer. La respuesta de los encuestados en esta pregunta puede hacer entender que, de parte de los abogados, la ley sí es conocida, puede darse el caso de que conozcan el abuso de los derechos que implica esa preferencia a la tenencia maternal.

En la pregunta 3, acerca de la consideración por custodia monoparental, se obtuvo que:

Figura 14. Encuesta 2, Pregunta 3

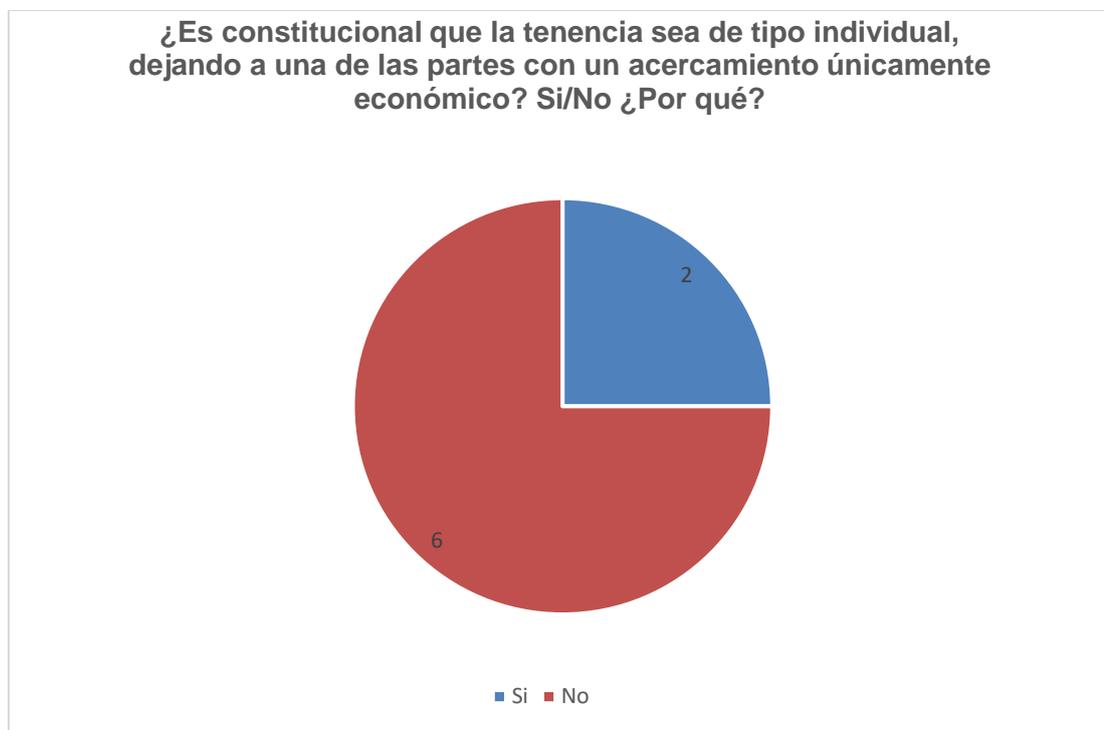


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De los 8 encuestados, todos mencionan que no debería quedarse en un modelo monoparental; sin embargo, mencionan que, en Ecuador pese a cualquier objeción, no existen más opciones para la tenencia luego del divorcio entre los padres. Ellos saben que existe el modelo de patria potestad y tenencia compartida.

En la pregunta 4, sobre si la tenencia de tipo individual se puede considerar algo constitucional, los resultados fueron:

Figura 15. Encuesta 2, Pregunta 4



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

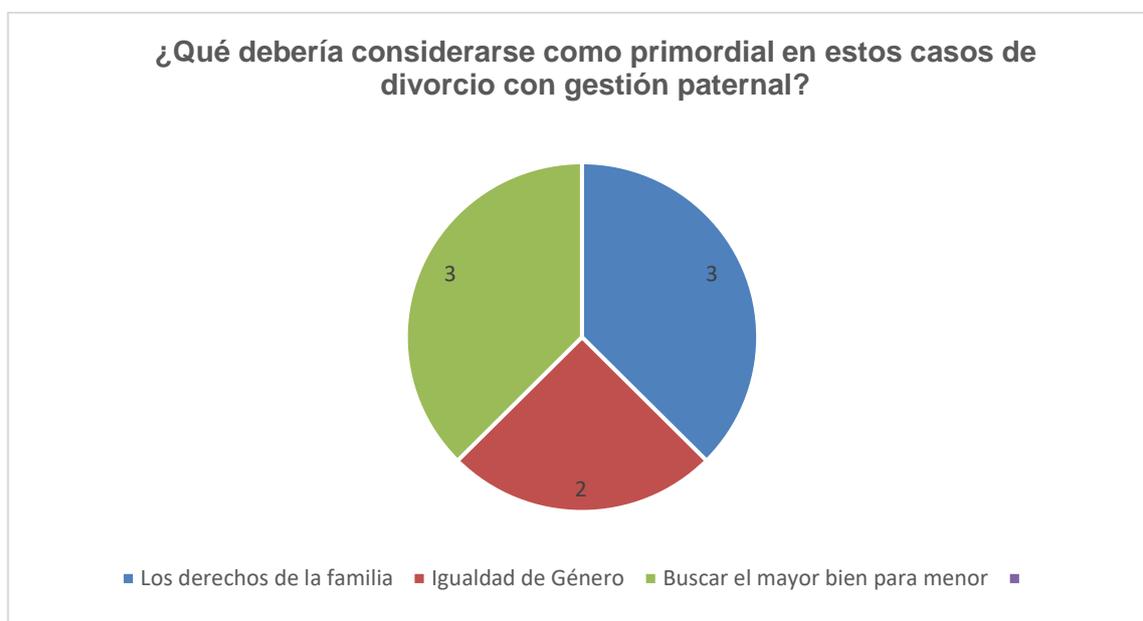
De los 8 de encuestados, 6 juristas respondieron que no es constitucional y dos respondieron que sí es constitucional. Los que respondieron que no mencionan las razones como “no se encuentra en ninguna parte de la constitución donde la familia monoparental sea respetada, existe respeto para este tipo de familias, pero en cuanto a los menores de edad, su derecho es crecer con los dos padres en igual condiciones”, “la familia monoparental es solo una opción alternativa en el caso de que uno de los progenitores no esté en condiciones adecuadas para salvaguardar la vida del joven”. Mientras que los que respondieron que sí, mencionan que la ley explicita un respeto a la familia monoparental, y que la preferencia debe tenerla la mujer, porque tiene mejores condiciones para cuidar una vida.

Frente a lo respondido por los encuestados, se nota que en gran medida los juristas entienden que la estructura familiar monoparental no es una ley por sí

misma, solo es una condición que se respeta en igual dignidad, entienden que se debe hacer el acento sobre la familia estructurada por los dos progenitores, porque es una condición eficiente para el crecimiento de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, existe todavía la creencia de que la familia monoparental es una condición constitucional amparado por la ley, de hecho, como se vio en capítulos anteriores la ley que impulsa la tenencia monoparental es el numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, de resto la Constitución garantiza más bien el derecho a los dos progenitores por igual.

En la pregunta 5, sobre lo que se debe considerar como central en casos de divorcio con gestión paterna, los resultados fueron que:

Figura 16. Encuesta 2, Pregunta 5

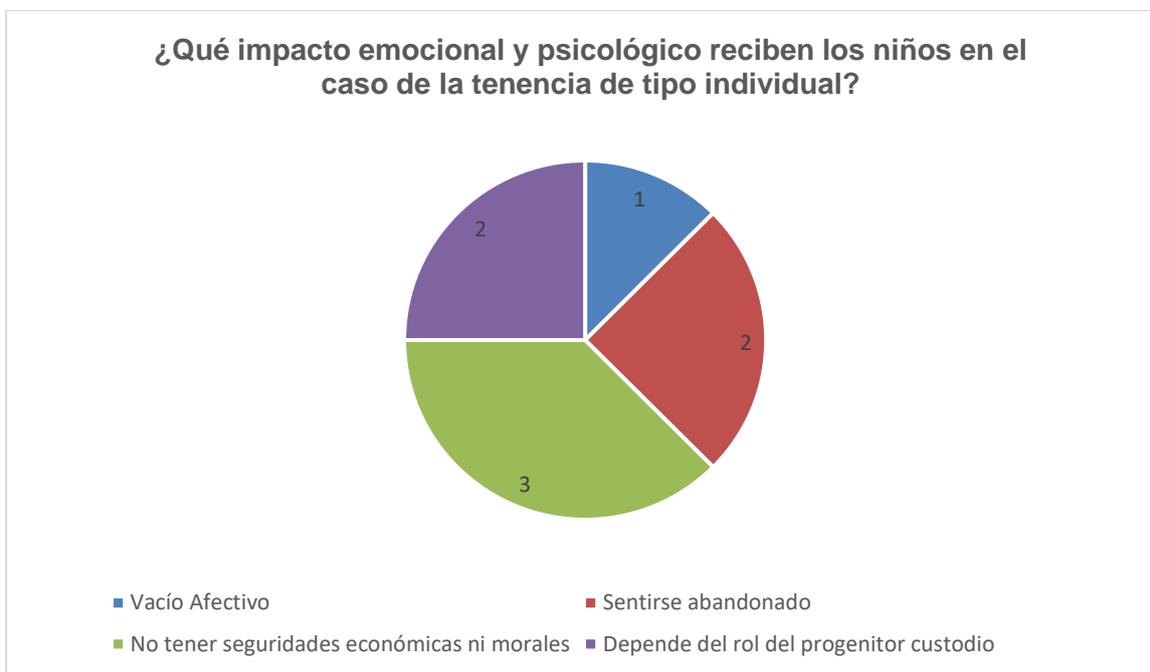


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De los 8 encuestados, 3 mencionan que debe priorizarse el bien del menor de edad, 3 mencionan que debe considerarse como central los derechos de la familia, es decir que los dos padres sean garantes de su ejercicio de paternidad, y 2 personas mencionan que se debe garantizar la igualdad de género. Ninguna de las respuestas es contradictoria a la otra porque son parte integral de todo el proceso que debe garantizarse dentro de la gestión paterna, sin embargo, como punto central debe ponerse el interés del niño, niña o adolescente, alrededor de estos intereses debe moverse los otros derechos igual de importantes.

En la pregunta 6, acerca del impacto emocional y psicológico de los niños en la tenencia de tipo individual, las respuestas fueron las siguientes:

Figura 17. Encuesta 2, Pregunta 6



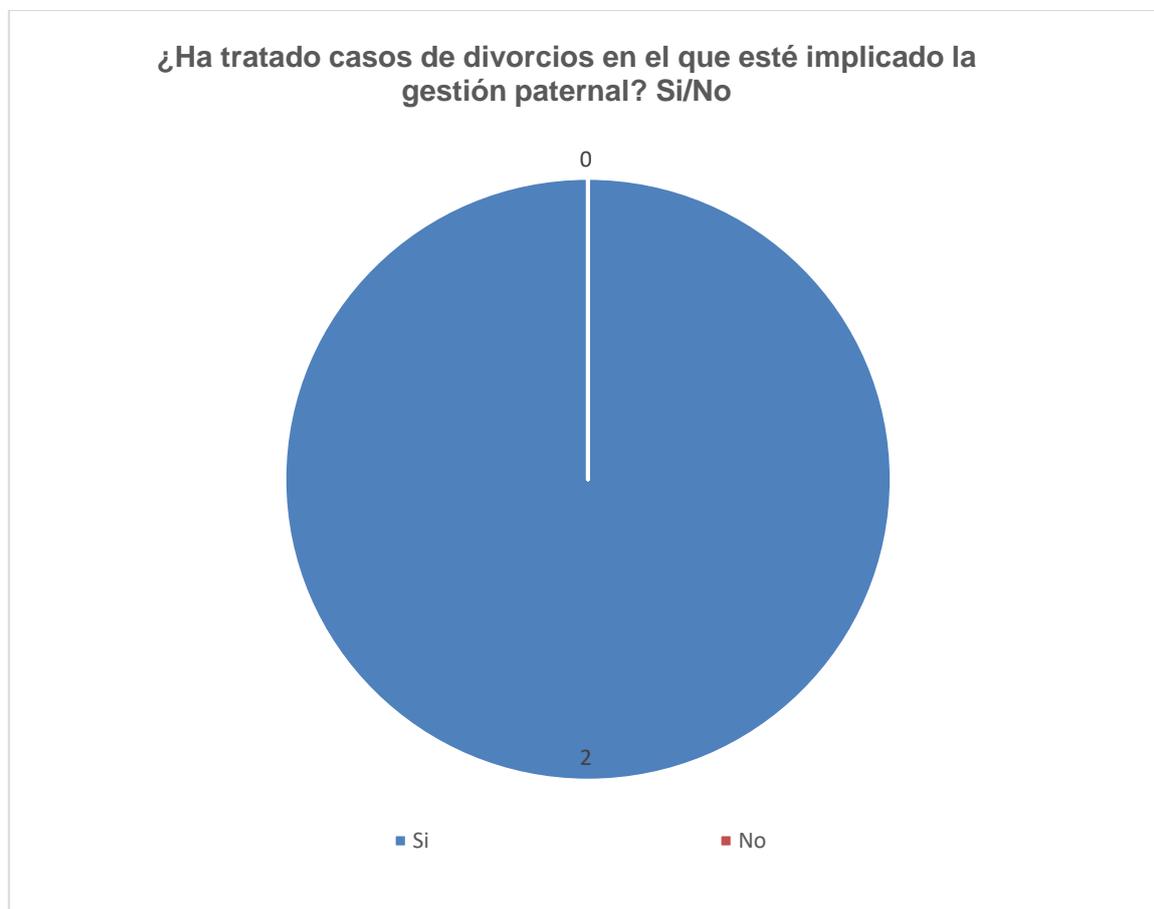
Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De los 8 encuestados, una persona respondió que el niño conlleva en sí vacíos afectivos, sobre todo con a la figura que le hace falta en su crianza, 2 personas mencionaron que hay un sentido del abandono por los progenitores que no obtienen la custodia del menor, por otro lado 3 personas mencionaron que los niños, ni las o adolescentes pasan por una situación de no tener seguridades económicas ni morales porque no hay alguien que los guíe. Y 3 personas mencionan que el impacto psicológico o emocional depende del rol del progenitor custodio, es decir si su cuidado es eficiente o no. De este análisis se puede deducir que existen impactos psicológicos y emocionales más negativos que positivos, por eso la mejor opción es la tenencia compartida.

Dentro de la población de estudio, también se realizaron encuestas a dos jueces, con la finalidad de analizar el conocimiento que se tienen sobre la patria potestad y tenencia compartida y su posible pertinencia en Ecuador.

En la primera pregunta, acerca de la implicación en casos de gestión paterna, los jueces mencionan que:

Figura 18. Encuesta 3, Pregunta 1

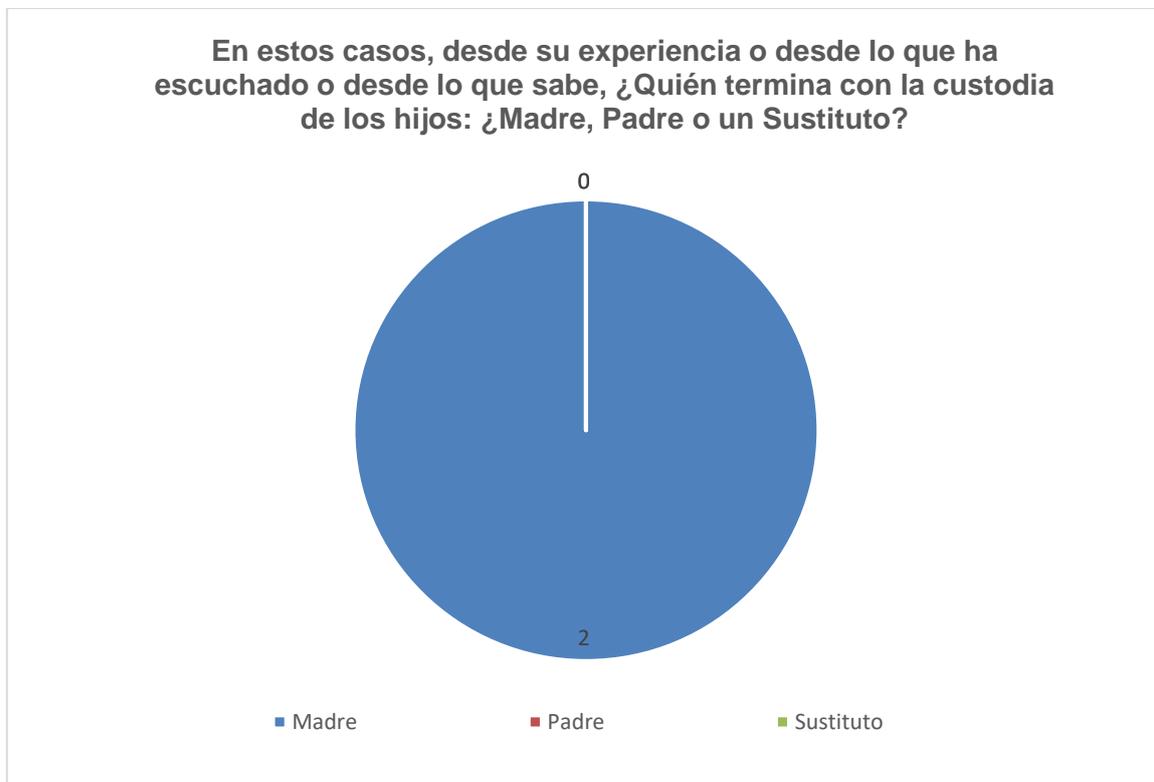


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Que los dos, han estado implicados en casos de divorcio en el que esté implicada la gestión paterna. Es decir, son personas con experiencia en el tema, y manejan criterios serios sobre este asunto.

En la pregunta 2, acerca de quién termina con la custodia de los hijos en la mayoría de casos, se obtuvo que:

Figura 19. Encuesta 3, Pregunta 2

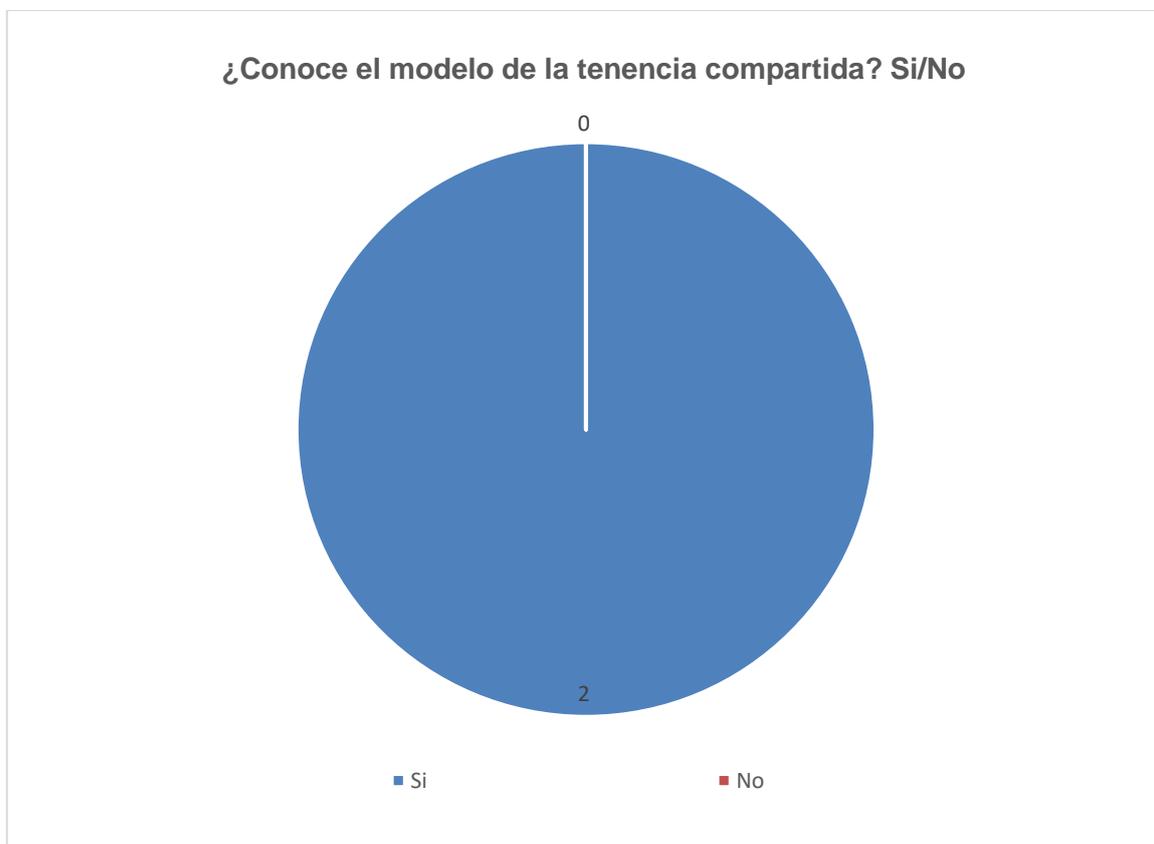


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Desde la experiencia de los dos jueces, los dos respondieron que el menor suele quedarse con el menor de edad, mencionando que el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia mienta la regla de que en caso de divorcio el menor de edad debe quedarse con el progenitor femenino. Esto hace deducir que el conocimiento sobre la ley de los dos jueces es correcto, sin embargo ¿Esto implica que conozcan la contradicción de la ley que ampara la tenencia individual materna?

En la pregunta 3, sobre el conocimiento del modelo de tenencia compartida, los encuestados respondieron:

Figura 20. Encuesta 3, Pregunta 3

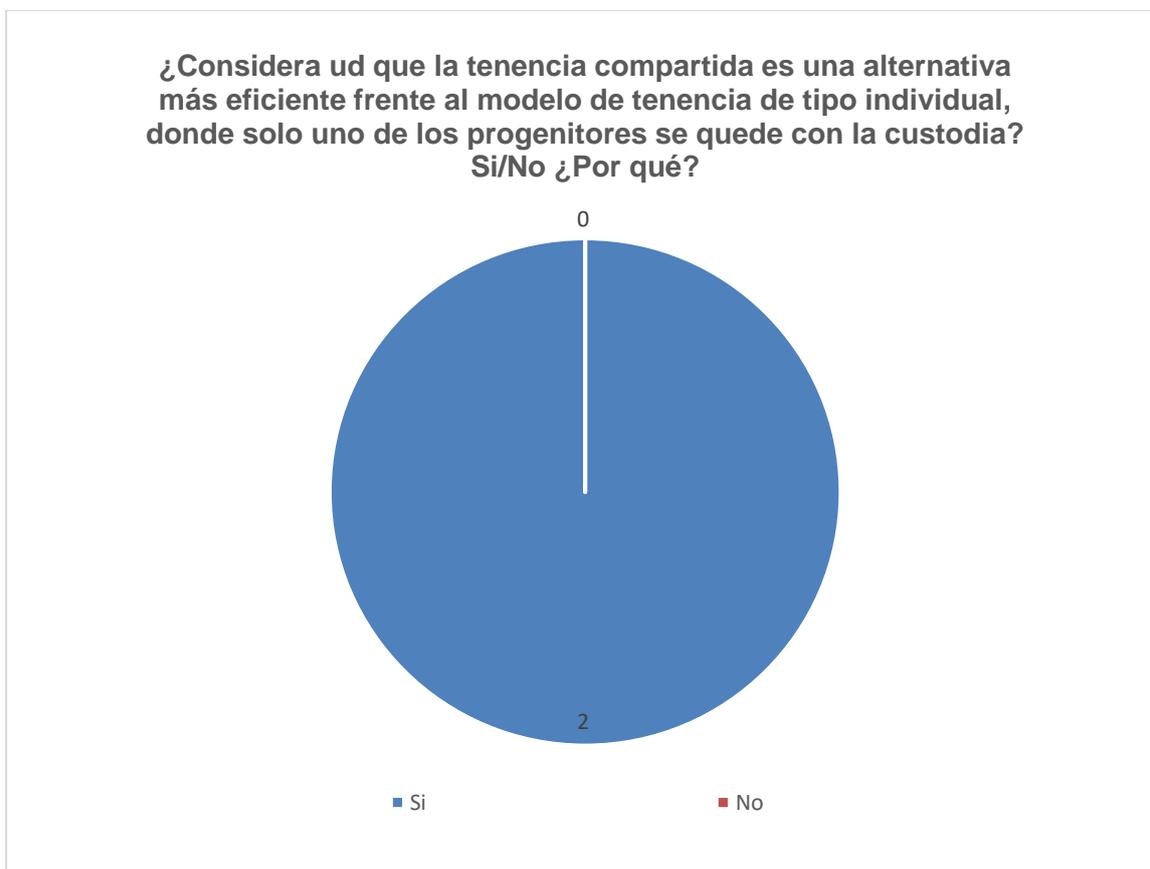


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Ambos jueces conocen el modelo, saben de qué trata, saben que no se aplica en Ecuador, pero entienden que otros países optan por este modelo de la tenencia. Esto significa que el confío paritario de patria potestad y tenencia no se aplica por un desconocimiento sobre la materia, sino por trámites legales y no renovaciones oportunas sobre la ley.

En la pregunta 4, acerca de la eficiencia del modelo de la paridad de la patria potestad y tenencia, se obtuvo que:

Figura 21. Encuesta 3, Pregunta 4

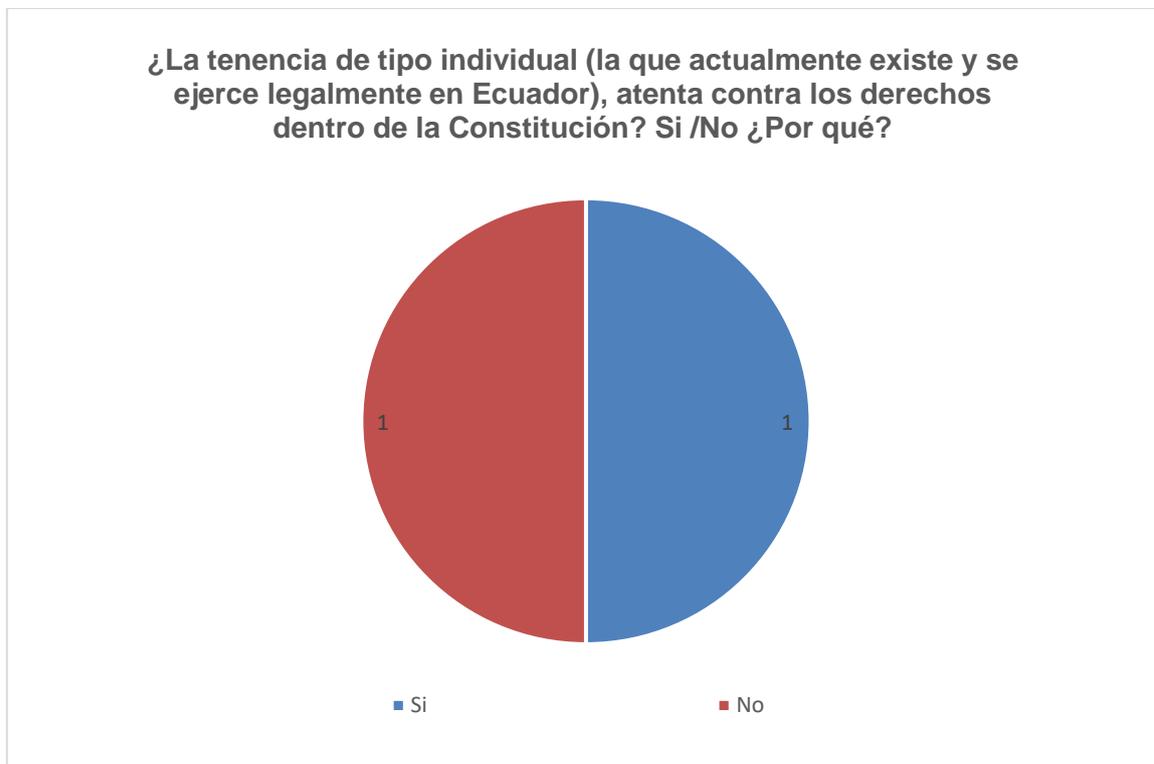


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Los dos jueces respondieron que la la paridad de patria potestad y tenencia sí es una alternativa más eficiente porque los dos padres pueden tener una responsabilidad sobre la vida del menor de edad. Es preferible que estén los dos padres de familia a cargo que solo uno. Esto refleja que la mirada de los jueces, va acorde con la de los ciudadanos padres de familia y la de los juristas expertos en el tema: el proceso más eficiente de la tenencia es el modelo compartido.

En la pregunta 5, acerca de si la tenencia de tipo individual atenta contra los derechos dentro de la constitución, se encontró qué:

Figura 22. Encuesta 3, Pregunta 5

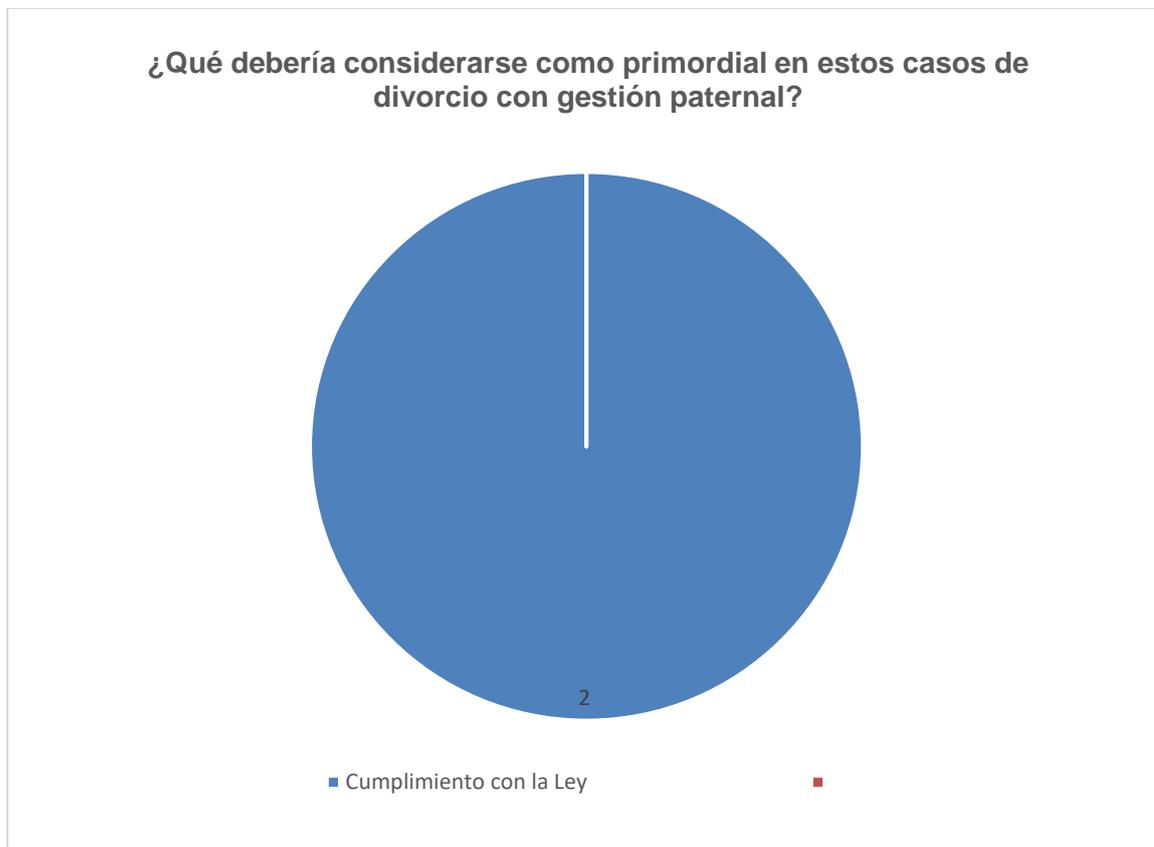


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

De los dos jueces encuestados, uno respondió que sí y el otro que no. El que respondió afirmativamente menciona que la constitución debe garantizar no solo obligaciones sobre los padres sino también derechos, y este derecho de criar a los hijos muchas veces no se cumple con el padre. El que respondió que no, mencionó que la ley no es una contradicción, de hecho, se piensa en el interés principal que es cuidar de la vida del menor, y la madre es la mejor opción para eso. De este análisis se puede deducir que existe un supuesto frente a la ley, ese supuesto trata sobre lo fidedigno de la misma, es decir, la ley no tiene errores y hay que cumplirla. Esto lleva a problemas con respecto a la justicia, porque pensar en una igualdad de todos frente a la ley, no es lo mismo que pensar en una justicia frente a la ley. En el momento en el que se dogmatiza una ley puede surgir problemáticas como la obstrucción a los derechos paternos, esto se debe a que cada caso es particular en sí mismo.

La pregunta 6, sobre la prioridad a considerar en los casos de gestión paternal, los encuestados respondieron que:

Figura 23. Encuesta 3, Pregunta 6

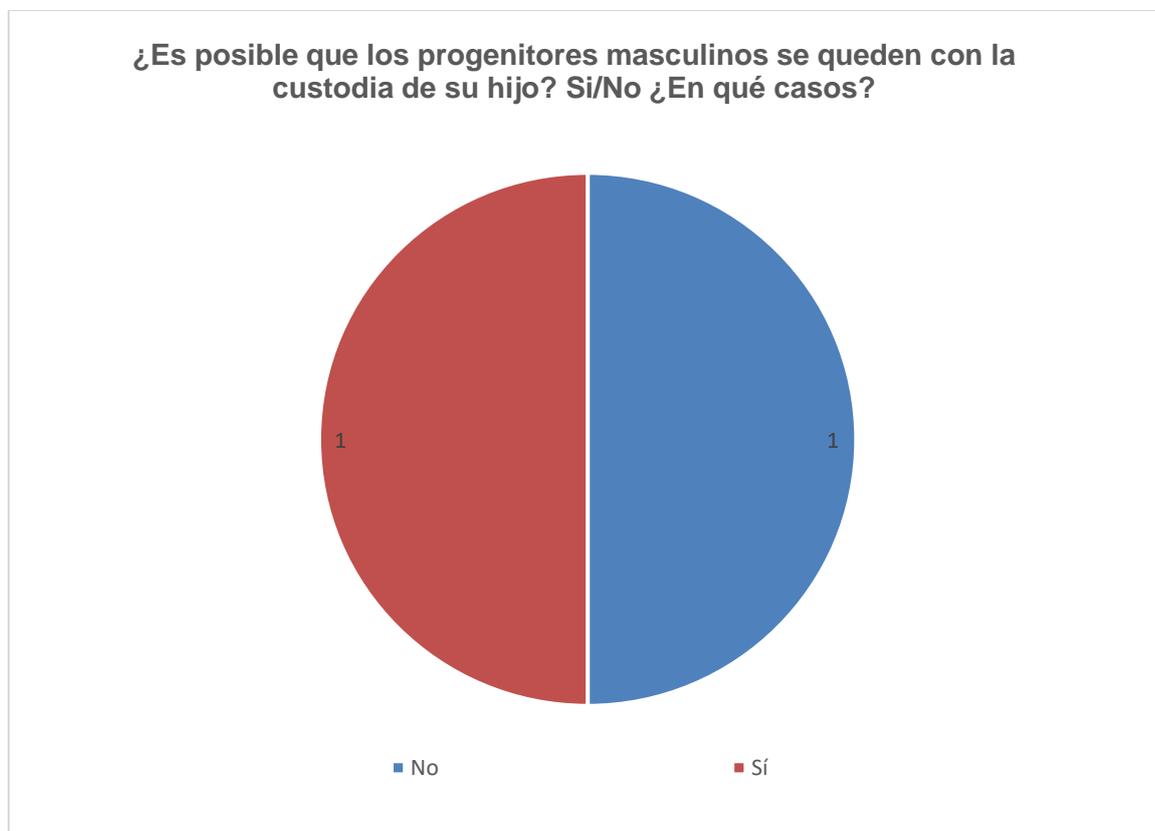


Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Principalmente se debe considerar el cumplimiento de la ley, donde nadie pueda objetar una injusticia. Según el análisis hecho en los capítulos anteriores las objeciones se van a dar siempre que se piense solo en el cumplimiento de la ley. El punto central en este tipo de casos, para todos aquellos que estén implicados, debe ser el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, con todos los intereses que implican. La respuesta de los jueces refleja que el paradigma de la ley es para su cumplimiento y no para garantizar derecho y responsabilidades.

En la pregunta 7, acerca de la posibilidad que el progenitor masculino se quede con la custodia de sus hijos. Las respuestas de los encuestados fueron las siguientes:

Figura 24. Encuesta 3, Pregunta 7



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

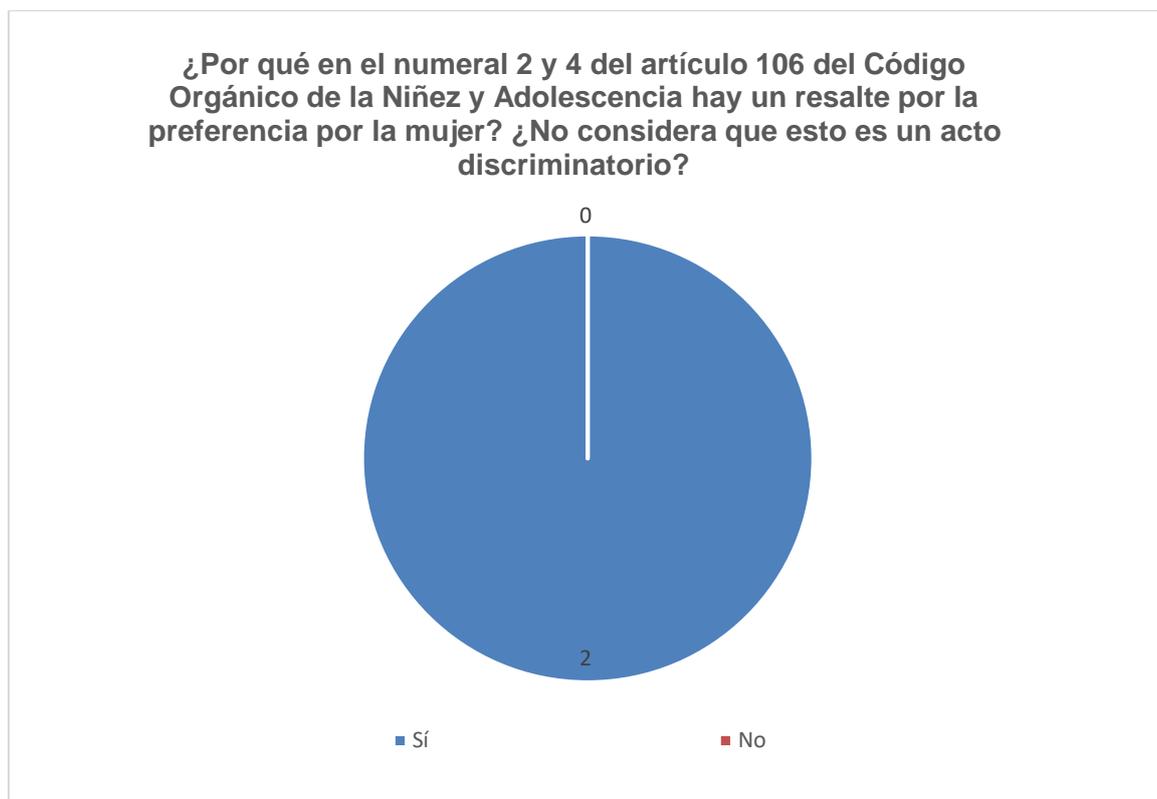
De dos jueces encuestados, uno respondió que sí, el otro que no. El que respondió que sí es posible menciono que esto se da en los casos en el que la madre no esté en condiciones propias para salvaguardar al menor, también puede darse el caso siempre y cuando sea cambiada algunas reglas de la patria potestad y tenencia mencionadas en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

El que mencionó que no es posible, dijo que primero va en contra de la ley establecida en el código de la Niñez y la Adolescencia, lo otro es que las mejores condiciones para el cuidado del niño son el de la madre, porque esta tiene el rol de dar afecto y calidez emocional. Desde un análisis crítico, en lo que respondió uno de los jueces, se nota claramente que es necesario una renovación para que el impedimento de la paternidad a los progenitores masculinos no se dé. Por otro lado, en la respuesta del otro juez, se nota que la creencia sobre el cuidado con respecto a lo femenino está impregnada en el pensamiento y procedimiento de aquellos que

deben garantizar la ley; tal vez el cambio de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia tenga que ver con una cuestión de pensamiento cultural también.

En la pregunta 8, sobre por qué el artículo 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia hacen un resalte sobre la preferencia en la mujer como custodia de un menor, además de ser un acto discriminatorio; a lo que los encuestados respondieron que:

Figura 25. Encuesta 3, Pregunta 8



Elaborado por: Juan Pablo Valenzuela Sánchez

Los dos jueces mencionan primero que estos numerales sí se muestran como un acto discriminatorio, porque muestran un prejuicio sobre la figura de cuidado. Uno de los jueces añadió que incluso puede estar contradiciendo al principio de derechos de la familia y sobre todo con el ejercicio de la paternidad, por tanto “sería bueno cambiarlo”. Esta pregunta no ayuda a deducir que el numeral 2 y 4 estén atentando contra la dignidad del progenitor masculino, los jueces son conscientes de ello, pero aun así aplican la ley. Pero entonces ¿De qué o de quién depende un cambio, eliminación o renovación sobre la ley?

CONCLUSIONES

Con todo lo observado hasta aquí se puede concluir que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia son una vulneración a los derechos constitucionales, entre los que se encuentran los derechos para proteger a los miembros de la familia (art. 69), derechos sobre el ejercicio de la paternidad (art.83), los derechos que salvaguardan el interés de los niños, niñas y adolescentes (art.44), derechos a la no discriminación por el sexo (art. 66). Con esto, los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, representan una amenaza para la dignidad de la persona, sobre todo de los menores de edad, porque al hacerse un acento sobre el progenitor femenino se está dejando a un lado las consecuencias psicológicas y emocionales de los niños, niñas y adolescentes al pasar por el divorcio de sus padres. La tasa anual de divorcios da cuenta de una realidad de fuerte impacto en la conformación de la familia, de la poca capacidad de afectividad, esto también afecta las relaciones posteriores entre sus miembros.

Este fenómeno se da porque en Ecuador, en los casos de divorcio con gestión paternal, se maneja el concepto de tenencia con un modelo monoparental, añadido a esto, los numerales 2 y 4 del artículo 106 moldean esta monoparentalidad a un concepto de feminidad, pero la paridad de patria potestad y tenencia tiene que ver con la responsabilidad o las obligaciones de una persona adulta progenitora para dar respuesta al cuidado de otro vulnerable, pero en los casos normales de los menores de edad cuenta con dos progenitores. El asunto principal de la tenencia es cuidar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuidar su desarrollo integral, y cuidar los derechos paternales del adulto. En otros países se opta por un modelo de tenencia compartida, donde los derechos y obligaciones del ejercicio de la paternidad son distribuidos en acuerdos justos entre los dos progenitores. En Ecuador, no existe ningún gesto legal que ampare este tipo de tenencia, haciendo más bien un acto discriminatorio con respecto a la figura masculina en el ejercicio de su paternidad. Es decir que la Tenencia individual no garantiza que se cumplan los derechos reales de la paternidad, ni de los niños, niñas o adolescentes. Esto se debe a que no se tiene claro que la Tenencia Compartida es la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos.

La paridad de la patria potestad y la tenencia es posible dentro de los marcos legales en Ecuador, siempre y cuando, se tenga claro que el cuidado, es una dimensión propia del todo ser humano, no solo de la figura femenina. Todo ser humano, en sus óptimas condiciones, son capaces de cuidar de otro. En el caso de la paridad de la patria potestad y tenencia, la dimensión de cuidado ya no es una connaturalizada solo y específicamente de la mujer, como se pretende establecer en el procedimiento de tenencia en Ecuador.

Existen más ventajas en la paridad de la patria potestad y tenencia que en la individual; desde los aportes psicopedagógicos, no solo garantiza un contacto con los dos padres, a nivel físico, psíquico y emocional, sino que también evita sentimientos de abandono, de culpa. Con la paridad de la patria potestad y la tenencia, se garantiza también el buen ejercicio de la patria potestad, un derecho y responsabilidad de ambos progenitores.

En Ecuador, al darse la figura de tenencia individual y femenina, genera una relación intrafamiliar de obligatoriedad, de sanción, y no de igualdad, corresponsabilidad. Los progenitores masculinos simplemente tienen un acercamiento económico con sus hijos. Esto no es desconocido por los agentes legales de estas decisiones frente a la patria potestad, sin embargo, la constitución no está siendo respetada. Esto muestra claramente que el fenómeno erróneo de la tenencia de tipo individual y femenino, también es una cuestión cultural. Sin embargo, puede solucionarse desde la legalidad, y el fenómeno, en forma integral, muestra la necesidad de una reforma en la ley, sobre todo en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, junto con la introducción del modelo de tenencia compartida a los marcos legales de la patria potestad.

RECOMENDACIONES

El Derecho Procesal Civil se ha considerado desde siempre como el mecanismo para conseguir que los preceptos de justicia contemplados en las normas sustantivas se puedan materializar en acciones que a través de los órganos jurisdiccionales modifiquen el estado de injusticia que pudiera existir en algunos ámbitos de la vida. En el derecho de familia existe una particularidad de vital importancia que tiene que ver con la protección y el interés superior de la infancia y la adolescencia por lo que las instituciones jurídicas todas deben encaminar sus criterios a que este principio superior se mantenga incólume frente a cualquier otro elemento que pueda alterar este principio.

El principio de igualdad y no discriminación sin ninguna duda constituye un valor que debe ser respetado en todos los ámbitos del proceso judicial lo cual se corresponde a la garantía para que todas las personas tengan igualdad de posibilidades ante las diversas instancias de la justicia. En este sentido el procedimiento establecido en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia constituye un claro ejemplo de alteración al principio de igualdad y no discriminación en los términos contemplados en los principios del derecho internacional humanitario, lo cual debe ser corregido a la brevedad posible a los fines de restituir la posibilidad de acceso al derecho que ha sido negado a los padres producto de la aplicación de una norma de carácter legal abiertamente discriminatoria.

En este sentido, la discriminación por parte de la ley hacia uno de los progenitores se traduce en un trato desigual ante la ley, lo cual rompe con el principio constitucional de igualdad y deja en estado de indefensión al progenitor discriminado, que ve ante la ley una disposición expresa en la que se le excluye de cualquier posibilidad de goce del derecho al que se le es negado.

En virtud de lo anterior es necesario que la comunidad académica, así como los operadores de justicia considere la situación planteada en la presente investigación a los fines de que se impulsen los cambios normativos necesarios para corregir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los padres que están en curso de un procedimiento de patria potestad. Asimismo, es necesario que se consideren todos los factores a que nivel cultural han podido contribuir con la incapacidad de observar estos elementos de inconstitucionalidad y vulneración de

derechos fundamentales en este tipo de procedimientos judiciales que afecta no solo el goce de derechos de los padres sino de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo integral.

BIBLIOGRAFÍA

- Acción Pública de Inconstitucionalidad, 28-15-IN/21. (Ecuador, Corte Constitucional 18 de noviembre de 2021).
- Barragán, D. (2017). *Derechos de acceso en asuntos ambientales en el Ecuador. Hacia el desarrollo de una actividad minera respetuosa del entorno y las comunidades*. Santiago de Chile: Cepal / Giz.
- Bayefsky, A. F. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, 1-34. Recuperado el 4 de junio de 2021, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>
- Bolaños Vivas, R. (2015). Elementos de la Hermeneutica para un dialogo metodologico entre las ciencias. *Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, 25-46. Recuperado el 05 de junio de 2021, de <https://www.redalyc.org/pdf/4418/441846096002.pdf>
- Cangas, L. (2019). Análisis del derecho a la convivencia familiar y el régimen de visitas a menores de Ecuador. *Episteme*, 134-144. Recuperado el 10 de junio de 2021, de <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1767/1357>
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, 12.502 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Caso Gelman Vs. Uruguay, 12.607 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2011).
- Cerda Martínez Pujalde, C. (2017). Los principios constitucionales de igual trato y prohibición de discriminación. *Cuadernos Constitucionales de la catedra Fadrique Furió Ceriol*, 193-2018. Recuperado el 03 de junio de 2021, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23276.pdf>
- Coelho, F. (2019). *Significado de Metodología*. Recuperado el 10 de junio de 2021, de <https://www.significados.com/metodologia/>
- Convención de los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989). *Naciones Unidas*. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de febrero de 2019). *Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*. Recuperado el 5 de junio de 2021, de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Echeverría Guevara, K. (2012). La guarda y custodia compartida de los hijos. *Problemática de Derecho de Familia*. Recuperado el 03 de junio de 2021, de <https://www.grin.com/user/823900>
- Ecuador. (2015). Código Orgánico General de Procesos.

- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Congreso Nacional. (3 de enero de 2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de Registro Oficial 737. Última modificación: 07-jul.-2014: <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Ecuador, Corte Constitucional. (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Quito: Corte Constitucional Del Ecuador. Recuperado el 03 de junio de 2021, de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/29b74f59-ca72-4535-bfad-25535ba0c23b/0007-11-ia-sentencia.pdf?guest=true>
- Ecuador, Defensoría del Pueblo. (2019). *El derecho a la igualdad y no discriminación*. Recuperado el 7 de junio de 2021, de <https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2345/1/AD-DPE-006-2019.pdf>
- Espinoza Muñoz, M. (6 de mayo de 2019). Tenencia Compartida en el Perú ¿Una utopía para los niños, niñas, adolescentes y sus familias en crisis? *Academia*, 219. Recuperado el 3 de mayo de 2021, de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61330892/Maria_del_Socorro_Espinoza_Munoz_1-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1666368780&Signature=K5riR6YfdUre3zJQ7ruYv6nag8NkxshRnlpe7-Ua~i0Z6Yi-5xHbsVo474v21QIVDtEv6ls7QiE3JJYt7fzkoTS6Ncca4C8YkiENUYku1shcM-LLx49zKZbf3
- Facio, A. (2012). *El derecho a la no discriminación*. Recuperado el 05 de junio de 2021, de Biblioteca Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a22077.pdf>
- Fuster Guillen, D. E. (2019). Investigación cualitativa: Método fenomenológico hermenéutico. *Propósitos y Representaciones*, 50-62. Recuperado el 19 de junio de 2021, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2307-79992019000100010
- Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos. (2015). *Ecuador en Cifras*. Recuperado el 10 de junio de 2021, de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/estadisticas/>
- Isaias Monte, R. (2011). Principios jurídicos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1-16. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3974/3490>

- Lathrop Gómez, F. (2008). Custodia Compartida de los Hijos. *Dominio de las ciencias*. Recuperado el 03 de junio de 2021, de <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/1105/html#:~:text=La%20custodia%20compartida%20es%20la,igualdad%20de%20condiciones%20y%20derechos>.
- Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, No. 211 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2009).
- México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2012). *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. Recuperado el 05 de junio de 2021, de http://familiasysexualidades.inmujeres.gob.mx/pdf/2_Cartilla_Discriminacion.pdf
- Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas. (23 de marzo de 1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Naciones Unidas. (3 de junio de 2021). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>
- Narváez, I. (2019). La política ambiental del Estado: ¿Hacia el colapso del modelo de conservación? En G. Fontaine, & I. Narváez, *Yasuní en el siglo XXI. El Estado ecuatoriano y la conservación del Amazonía* (págs. 33-74). Quito: FLACSO - Ediciones Abya Yala.
- Núñez Estrada, B. (2016). *De las obligaciones entre padres e hijos*. Recuperado el 05 de junio de 2021, de Universidad de Especialidades Espíritu Santo: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7215/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-86.pdf>
- Núñez Maderos, C. (2017). Consecuencias del divorcio-separación en niños. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 296-309. Recuperado el 05 de junio de 2021, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252017000300003
- Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1979). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/456/1/Convenci%C3%B3n%20interamericana%20sobre%20Derechos%20Humanos.pdf>

- Organización de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 10 de junio de 2021, de Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Paulette, M., Banchón Mario, C. J., & Pincay, V. (2012). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 385-392. Recuperado el 10 de Junio de 2021, de https://scholar.google.com.ec/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_vis=1&q=Funci%C3%B3n+orientadora+tanto+para+jueces+como+para+autoridades+sobre+la+decisi%C3%B3n+correcta+en+relaci%C3%B3n+al+disfrute+efectivo+de+los+derechos+del+ni%C3%B1o&btnG=
- Pita Fernández, S., & Pértegas Díaz, S. (2002). Investigación cuantitativa y cualitativa. *Cadernos de atención primaria*, 9(2), 76-78. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/revista/10704/V/9>
- Quimbita, J. J. (2017). *Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, primer semestre 2016*. Recuperado el 10 de junio de 2021, de Universidad Central del Ecuador: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/10540>
- Ragel Sánchez, L. F. (2001). La Guardia y Custodia de los Hijos. *Derecho Privado y Constitución*, 34-76. Recuperado el 05 de junio de 2021, de <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaGuardiaYCustodiaDeLosHijos-229886.pdf>
- Ramírez, J. (2 de Marzo de 2019). *Método Histórico: Características, Etapas, Ejemplos*. Recuperado el 2021 de marzo de 3, de <https://www.lifeder.com/metodo-historico/>
- Ramírez, M., Cárdenas, M., & Rodríguez, S. (2015). El Dasein de los cuidados desde la fenomenología hermenéutica de Martín Heidegger. *Enfermería universitaria*, 78-96. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-70632015000300144#:~:text=El%20cuidado%20comprensivo%20desde%20la,s%C3%AD%20y%20de%20los%20otros.
- Rubio Llorente, F. (1999). Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1-28. Recuperado el 05 de junio de 2021, de <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LalgualdadEnLaJurisprudenciaDelTribunalConstitucio-79432.pdf>
- Suarez, E. (03 de junio de 2021). *Introducción al derecho*. Obtenido de Universidad Nacional del Litoral:

https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5535/introduccio%C%81n_al_%20DERECHO_web.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Valverde Ibañez, J. (2004). El Laberinto de la Custodia: Claroscuros de un solo nombre con varios significados. *Boletín de Derecho de Familia*, 50-62. Recuperado el 10 de junio de 2021, de [https://www.apadeshi.com/ellaberintoCC\[2\].pdf](https://www.apadeshi.com/ellaberintoCC[2].pdf)