



*Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad*

*Violation of the principle of equality in the possession of minor children*

*Violação do princípio da igualdade na posse de filhos menores*

Francisco Eduardo Bermeo-Cabrera <sup>I</sup>  
[francisco.bermeo@psg.ucacue.edu.ec](mailto:francisco.bermeo@psg.ucacue.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0001-7610-1084>

William Heriberto Pauta-Cedillo <sup>II</sup>  
[william.pauta@psg.ucacue.edu.ec](mailto:william.pauta@psg.ucacue.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0003-0063-1016>

Ciencias Sociales y Políticas

**Correspondencia:** [francisco.bermeo@psg.ucacue.edu.ec](mailto:francisco.bermeo@psg.ucacue.edu.ec)

\***Recibido:** 30 de junio de 2020 \***Aceptado:** 30 de julio de 2020 \* **Publicado:** 15 de agosto de 2020

- I. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador
- II. Magíster en Derecho Constitucional Mención en Derecho Procesal Constitucional, Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica, Jefatura de Posgrados, Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

## Resumen

Al conceder la patria potestad de los hijos e hijas menores de doce años a uno de sus progenitores en el Ecuador, se vulnera el derecho de igualdad al padre, pues se da preferencia a la madre, lo cual violenta los derechos del padre y de los menores especialmente el desarrollo integral, bajo esta perspectiva el objetivo de la investigación es proponer la reforma al art. 106 numeral 2 del Código de la niñez y adolescencia con respecto al ejercicio de la patria potestad, por ello, se planteó una reforma basada en el principio de igualdad contemplado en la Constitución del país. La presente investigación, se desarrollará bajo el enfoque mixto cualitativo y cuantitativo; el primero para explicar la normativa relacionada a la tenencia de los hijos y cómo afectan a la igualdad de las personas en los casos de los hijos menores de 12 años, tal como lo señala el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), el segundo porque busca analizar a través de la aplicación de una encuesta datos cuantificables para valorar la percepción de los operadores de justicia y abogados en libre ejercicio profesional sobre la tenencia de los hijos, el bienestar y privilegiando el interés del menor.

**Palabras clave:** Desintegración de la familia; progenitores; vulneración de derechos; igualdad, tenencia. (Palabras tomadas del Tesoro UNESCO).

## Abstract

By granting parental authority of children under twelve years of age to one of their parents in Ecuador, the father's right to equality is violated, since preference is given to the mother, which violates the rights of the father and the children. Minors especially the integral development, under this perspective the objective of the investigation is to propose the reform to the art. 106 numeral 2 of the Childhood and Adolescence Code regarding the exercise of parental authority, therefore, a reform was proposed based on the principle of equality contemplated in the Constitution of the country. This research will be developed under a mixed qualitative and quantitative approach; the first to explain the regulations related to the possession of children and how they affect the equality of persons in the cases of children under 12 years of age, as indicated in the Code of Children and Adolescents (2003), the second because it seeks to analyze quantifiable data through the application of a survey to assess the perception of justice operators and lawyers in free professional practice on the custody of children, well-being and prioritizing the interest of the minor.

**Keywords:** Disintegration of the family; parents; violation of rights; equality, tenure. (Words taken from the UNESCO Thesaurus).

## Resumo

Ao conceder a autoridade parental de filhos menores de doze anos a um de seus pais no Equador, viola-se o direito do pai à igualdade, já que se dá preferência à mãe, o que viola os direitos do pai e dos filhos. Menores especialmente o desenvolvimento integral, sob essa perspectiva o objetivo da investigação é propor a reforma ao art. 106 inciso 2 do Código da Infância e Adolescência quanto ao exercício do poder paternal, portanto, foi proposta uma reforma com base no princípio da igualdade previsto na Constituição do país. Esta pesquisa será desenvolvida sob uma abordagem qualitativa e quantitativa mista; a primeira a explicar as normas relativas à posse de crianças e como elas afetam a igualdade das pessoas nos casos de menores de 12 anos, conforme indicado no Código da Infância e da Adolescência (2003), a segunda porque procura analisar dados quantificáveis através da aplicação de um inquérito para avaliar a percepção dos operadores de justiça e advogados do exercício profissional livre sobre a guarda de menores, o bem-estar e a priorização do interesse do menor.

**Palavras-chave:** Desintegração da família; pais; violação de direitos; igualdade, posse. (Palavras retiradas do Thesaurus da UNESCO).

## Introducción

El principio de igualdad, es considerado por la Constitución como el derecho fundamental, que garantiza a las personas justicia al momento de solicitar y reclamar los derechos ante las autoridades judiciales, por medio de la revisión en este trabajo de investigación se han encontrado numerosos casos a nivel internacional donde se atenta contra este principio; Ecuador no es la excepción, puesto que se han presentado conflictos legales en los niveles judiciales y no judiciales, uno de estos es el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), donde se evidencia la violación al derecho de los padres a solicitar la tenencia de los hijos menores de 12 años, por ello, en la presente investigación se analiza la vulneración de los derechos en el Ecuador al momento de solicitar la patria potestad de los hijos, prefiriendo a las madres, sin justificar algún motivo, lo que genera la vulneración del principio constitucional, relacionado no solamente al derecho del padre sino, también el de los hijos menores.

Mediante el desarrollo del presente trabajo se busca demostrar que existe una clara violación al derecho de los padres al momento de solicitar la tenencia de los hijos menores, en este sentido se

debería reformar el artículo 106 numeral 2, del Código de la Niñez y Adolescencia, ya que el mismo atenta contra el derecho de igualdad contemplado en el artículo 11, numeral 2, de la Constitución ecuatoriana, por otro lado, los legisladores deberían llevar a debate en la asamblea, considerando que este tema es tratado día a día en los juzgados.

## **Marco Referencial**

### **Antecedentes**

Es común y frecuente que después de terminar una relación matrimonial, se desencadene inconvenientes por la separación de los padres de hijos menores de edad, teniendo una preferencia habitual la madre quien se encarga del cuidado, posterior a una ruptura con la pareja. Según Román (2018) es la mujer quien permanece en el hogar con mayor frecuencia y se encarga, además del cuidado de los hijos en otras actividades como las domésticas, relacionadas con la educación y en casos específicos de niños de 0-3 años de cuidados biológicos propios de la edad.

El principio del que todos los seres humanos son iguales es política, estructural y socialmente dominante, pero cuando se requiere aplicarlo en casos específicos como la tenencia de un menor el alcance e implicaciones se debilita. Al analizar las conceptualizaciones y alcances dados por varios tratadistas, resalta el criterio de Ronconi y Vita (2012) que surgen de caracterizar dos corrientes, la una vinculada a la igualdad jurídica cercana al pensamiento liberal, que se torna insuficiente frente a situaciones estructurales de discriminación, y la segunda relacionada a la igualdad formal consiste en la igualdad ante la ley, que todas las personas pertenecen a una misma categoría y por ende deben ser tratados de semejante forma.

En el Ecuador el número de divorcios y separaciones se va incrementando, por varios motivos, acarreado una serie de inconvenientes relacionados, a que los padres dejan de participar en la crianza de los menores, pues, los temas de niñez y adolescencia se han vuelto habitual legal y culturalmente, la madre es siempre la que obtiene la custodia de los niños menores de doce años, mientras que al padre se le concede un permiso de visitas, que apenas de atribuye una relación irregular con los menores (Cabascango, 2017).

A razón de ello, la normativa con respecto a la tenencia de los menores requiere repensarse, analizarse y profundizar de acuerdo a la evolución propia del hombre, su contexto social, económico, político, cultural y hasta religioso, siendo imperioso realizar propuesta de modificación a la legalidad vigente con relación a la tenencia de menores. Esto lo respalda un estudio realizado

(Noblecilla, 2014) que identificó que menores entre 0-8 años al verse en este tipo de procedimiento se quedan con la madre, en donde prima factores como períodos de lactancia, educación o tiempo disponible para el cuidado, la opinión del menor en el Ecuador se toma en cuenta a los doce años. Es decir, la tenencia monoparental es hegemónica a la madre, quien bajo criterios tradicionales desmerece la imagen paterna frente a los operadores de justicia. Al respecto, el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en el numeral 2 señala que:

A la 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. (2003, p.28)

Se debe concebir a la patria potestad o custodia como la principal obligación de los padres para proteger los derechos reconocidos en la Constitución, según (Henríquez, 2018) a partir de 1970 se reforma el Código de la niñez y adolescencia donde se establece la prioridad de tenencia a la madre proporcionando al padre solamente el régimen de visitas.

Por otra parte, el origen de la patria potestad nace desde el momento que el hijo viene al mundo, es en este momento donde se originan los deberes y obligaciones para con los niños y niñas, que se extinguen al cumplir la mayoría de edad o durante el proceso judicial donde el juez ordena la tenencia solamente para uno de los progenitores. En ese instante se genera la violación al derecho de igualdad, pues, el juez determina de forma inequitativa y sin considerar las condiciones del padre quien estará sujeto solamente a las visitas programadas.

Bajo este sentido, es necesario que se evalúen los casos de tenencia de los hijos, al existir hoy en día la preferencia por la madre en la entrega y cuidado de los niños siendo aquí donde se vulneran el principio de igualdad, el mismo que está reconocido en la Constitución ecuatoriana.

### **Derecho a la igualdad**

La Constitución ecuatoriana (2008) en el artículo 1 manifiesta que el país es un Estado constitucional de derechos, justicia social, democrático, independiente y soberano, adicional la Carta Magna establece varios principios, entre estos la igualdad como estamento que debe ser reconocido a todas las personas, con la finalidad de procurar el desarrollo de la sociedad con las mismas condiciones para todos.

La ley fundamental con el afán de materializar el reconocimiento de la igualdad, establece al principio como el derecho fundamental, es así que el artículo 11 numeral 2, menciona que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, oportunidades y deberes, nadie puede ser discriminado por razones como, estado civil, sexo ni por cualquier otra distinción, bajo esta misma línea, el Estado será el encargado de adoptar medidas que promuevan la igualdad a favor de los titulares de los derechos en situaciones de desigualdad, Quintero (2016) señala que la igualdad comprende el derecho fundamental relacionado a la dignidad y realización humana, el Estado debe proporcionar a la población posibilidades efectivas y concretas para materializarlo, en todas las circunstancias y el marco de las necesidades de cada individuo.

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad no debe ser confundido solamente como la diferencia entre hombres y mujeres por diversos factores como; edad, sexo, situación, identidad y otras características más bien se deben analizar todas estas características para establecer una igualdad verdadera y real. La igualdad entre mujeres y hombres comprende, que la sociedad les dé el mismo valor a las semejanzas, diferencias y los papeles que desempeñan cada uno, por ende, se requiere que asuman el pleno derecho en la familia, comunidad y sociedad, que va más allá de la inclusión, debiendo incorporar la perspectiva de identidad de género como un mecanismo social (Rannauro, 2011).

Si bien es cierto, el Ecuador ha mejorado la igualdad de condiciones con base a los derechos de los menores, todavía existe una vulneración visible sobre todo en el derecho del progenitor y el interés del niño o niña en cuanto a la tenencia ya que se otorga solamente a la madre, dejando al padre en una situación de desigualdad de derechos. Así, la tenencia de los hijos, no es ajena a esta realidad, los padres se interesan por dedicar más tiempo a sus descendencias, no obstante, prevalece en algunos administradores de justicia un pensamiento marcado por la historia, al otorgarse la custodia a uno de los progenitores «la madre». En la práctica es difícil que los padres lleguen a acuerdos convergentes sobre la crianza de los hijos, lo cual motiva que existan pugnas en el campo jurídico para obtener la tenencia de los menores.

### **Legislación comparada**

En la legislación latinoamericana no se distingue con claridad quien se ocupa del cuidado personal del niño y quien comparte la residencia habitual, del mismo modo, no se indica legalmente quien

es la persona que toma las decisiones relativas a la vida del hijo, en países de la región de habla de tenencia, guardia o cuidado personal, sin embargo, se vincula la preferencia materna para la atribución del cuidado que acogen las diferentes legislaciones, señalando que esta regla viola el principio constitucional de igualdad y no discriminación con razón de sexo (Herrera & Lathrop, 2017).

En Perú el Código de la niñez y adolescencia (2000) establece que en el caso de divorcio ninguno de los padres queda suspendido del ejercicio de la patria potestad, en el caso que no exista un acuerdo sobre la tenencia, el juez resolverá la tenencia ya sea para el padre o la madre, pero cuando el hijo sea menor a tres años permanecerá con la madre, adicional para la parte que no tenga la custodia se establecerá un régimen de visitas.

Por otro lado, en Chile se cambió la concepción de entregar la patria potestad a la madre adoptando un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido y unipersonal, es decir, que tanto el juez como los progenitores deben considerar las alternativas para determinar la tenencia de los hijos bajo los siguientes criterios: la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo, la vinculación afectiva entre hijo y sus padres, la dedicación efectiva de cada progenitor, la opinión expresada por el hijo, proporcionar las bases para la sentencia de tutela (Acuña, 2015).

En el caso colombiano la patria potestad está regulada por el Código de la infancia y adolescencia donde se establece la responsabilidad parental compartida y solidaria, además se indica las obligaciones de los padres referentes al cuidado, orientación y acompañamiento de los hijos durante su formación (Saumeth & Figueroa, 2018).

En Paraguay la preferencia materna es a favor de los hijos menores de cinco años y en Uruguay en los menores a dos años, en algunos países la regla de preferencia está relacionada a ciertos criterios que atribuyan la responsabilidad parental, cuidado personal y el régimen de contacto entre padres e hijos (Herrera & Lathrop, 2017).

Como se observa existe diferencias entre una legislación a otra con respecto a la patria potestad de los menores, principalmente se evidencia la participación del padre en los procesos judiciales donde es capaz de obtener la tenencia del hijo o hija bajo determinados parámetros, a diferencia de la legislación ecuatoriana, que confía la tutela a la madre, con respecto a la edad de los menores, se marca una gran diferencia pues en Uruguay se proporciona la tutela de los menores de dos años, en Paraguay a los menores de cinco años y en Perú a los tres años.

## **Legislación ecuatoriana**

En la legislación ecuatoriana para velar por el interés del niño la patria potestad de menores de doce años es confiado a la madre, mientras que si son mayores a doce años se confía al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica, pero en el caso que ambos demuestren estar en condiciones iguales se prefiere a la madre. A criterio de (Martínez, 2017) en la legislación ecuatoriana el padre es a quien se le impide el contacto con los hijos, mediante la imposición de un derecho limitado a visitas, dicho de otra forma, se le imposibilita coadyuvar en la crianza y educación de los menores.

En la legislación se encuentran plasmados los lineamientos jurídicos que orientan a las autoridades judiciales para otorgar la patria potestad o tenencia de un niño o adolescente menor a 12 años a uno de sus progenitores y la corresponsabilidad del Estado y de los padres de velar por la protección de los derechos de los menores.

El artículo 44 de la Constitución (2008) establece que el Estado la sociedad y la familia promoverá el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes asegurando el ejercicio pleno de los derechos, atendiendo el principio de interés superior. Del mismo modo, establece que los menores tienen la facultad de ser consultados en todos los aspectos que los afecten.

Por otro lado, el artículo 69 de la Carta Magna establece que para proteger los derechos de los integrantes de la familia se promoverá la maternidad y paternidad responsable, es decir, que tanto la madre como el padre están obligados a participar en la crianza, cuidado, educación y protección de los derechos de los hijos e hijas; el Estado protegerá a las madres y padres o quienes desarrollen el papel de jefes de hogar en el ejercicio de sus obligaciones; el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y velará el cumplimiento de los deberes y derechos entre madres, padres e hijos.

Por último, entre los deberes y responsabilidades de los habitantes del territorio nacional, el artículo 83 de la Constitución manifiesta la corresponsabilidad de madres y padres en iguales proporciones de asistir, alimentar, educar y cuidar a los hijos e hijas.

## **Código de la Niñez y Adolescencia**

Según el Código de la niñez y adolescencia (2003) en el artículo 105 la patria potestad comprende el conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a los hijos e hijas menores, referente al cuidado, educación y desarrollo integral, además de la defensa de los derechos de conformidad con la Constitución y la ley. Por otro lado, el artículo 106 establece las reglas para determinar el ejercicio de la patria potestad bajo los siguientes lineamientos: se respetará lo que acuerden los padres siempre que no violen los derechos de los menores; al no existir un acuerdo entre los progenitores la patria potestad de los que no han cumplido doce años será concedida a la madre, salvo se pruebe que se afecta los derechos del hijo o hija; cuando los hijos o hijas cumplan los doce años la patria potestad será concedida al padre que demuestre mayor estabilidad; y, en el caso que ambos padres demuestren iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte los derechos de los hijos.

Para confiar la patria potestad, se deben observar las reglas antes señaladas, pero un aspecto que se debe considerar es la opinión de los niños, niñas y adolescentes debido a que de esta manera se precautela el interés superior del menor. Con respecto a la tenencia el artículo 118 del Código que código de la Niñez y Adolescencia establece que cuando el juez considere lo más conveniente para el desarrollo integral del niño, debe confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores sin alterar el ejercicio de la patria potestad.

## **Método**

El artículo se basa en un enfoque mixto cualitativo y cuantitativo; el primero para explicar la normativa relacionada a la tenencia de los hijos y cómo afectan a la igualdad de las personas en los casos de los hijos menores de 12 años, tal como lo señala el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), el segundo porque busca analizar a través de la aplicación de una encuesta datos cuantificables para valorar la percepción de los operadores de justicia y abogados en libre ejercicio profesional sobre la tenencia de los hijo, su bienestar y privilegiando el interés del menor.

Los autores (Ramírez, Cruz, & Vargas, 2018) indican que el enfoque mixto permite la combinación de métodos, técnicas y aproximaciones aprovechando las ventajas que proporciona cada enfoque, adicional permite conceptualizar la realidad de acuerdo al comportamiento o actitudes de la

población estudiada, esta investigación complementa la objetividad y subjetividad, donde se analiza parte de la realidad de los involucrados en el estudio.

El estudio también se soporta en la revisión teórica, ya que se buscó a través de ella explicar la vulneración del derecho a la igualdad del padre en casos de hijos menores de doce años, para ello se analizó la postura de varios tratadistas e investigadores que abordan el tema, así tener una visión actualizada del fenómeno objeto de estudio y proponer una posible solución que privilegie principalmente al sujeto más vulnerable en este tipo de pugnas (el menor).

El diseño es documental, es decir se orienta en la búsqueda, reflexión crítica con base a información secundaria referenciada en otros países y registradas en documentos y fuentes fiables en libros, revistas, artículos científicos y en revistas indexadas. Todo esto, con el propósito de solucionar el problema de cuál es la mejor decisión que toman los operadores de justicia al dar la tenencia de un menor, cumpliendo así un mandato constitucional de igualdad entre los progenitores con los mismos derechos y obligaciones.

En este sentido, en la investigación se emplea el método analítico con el cual se revisó la doctrina, leyes vigentes en el Ecuador y la distinta a nivel internacional y que se vincula al tema y establecer los criterios que toman los jueces para dar la tenencia de un menor, verificando si son o no discriminatorios y privilegian mayoritariamente a la mujer. A criterio de (Valdés, 2008), el método analítico-sintético consiste en la descomposición y análisis del todo, este proceso permite dividir el objeto en aspectos que lo componen para estudiarlos y posteriormente integrar los resultados.

Se ha utilizado el método inductivo-deductivo para determinar los criterios reflexivos y plasmar las conclusiones con respecto a la norma ecuatoriana, observando si estos son razonables y no vulneran, adicional el interés superior de los hijos cuando están en esta disputa.

El método inductivo-deductivo está conformado por procedimientos de inducción que comprende una forma de razonamiento de lo particular a lo general identificando los aspectos en común de un fenómeno, mientras que la deducción parte del conocimiento general a un nivel menor de generalidad (Rodríguez & Pérez, 2017).

La hermenéutica jurídica se utiliza para alcanzar una interpretación fiable del Código Civil y los principios que lo componen para la decisión en este tipo de temas, además de interpretar el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) y la Constitución de la República del Ecuador (2008) y otros instrumentos internacionales del que el país es parte.



## Universo de estudio y tratamiento muestral.

Para el desarrollo de la investigación se utilizó el muestro por conveniencia, que comprende una técnica no probabilística y aleatoria formada por los individuos disponibles y de las cuales se tiene acceso para participar en el estudio, en este caso está formado por 21 personas profesionales en el área de derecho y conocedoras del tema de investigación. El autor (Espinoza, 2016) manifiesta que el muestreo por conveniencia es útil para el desarrollo de investigaciones, cuando la muestra está disponible en el período que se desarrolla la investigación.

## Tratamiento estadístico

Los resultados de la entrevista se obtuvieron mediante formularios en línea con la aplicación de la aplicación Google Formularios, tabulada en el software estadístico Excel, aplicando análisis descriptivos a través de tablas y gráficos que orienten a la correcta interpretación de los resultados primarios.

## Resultados

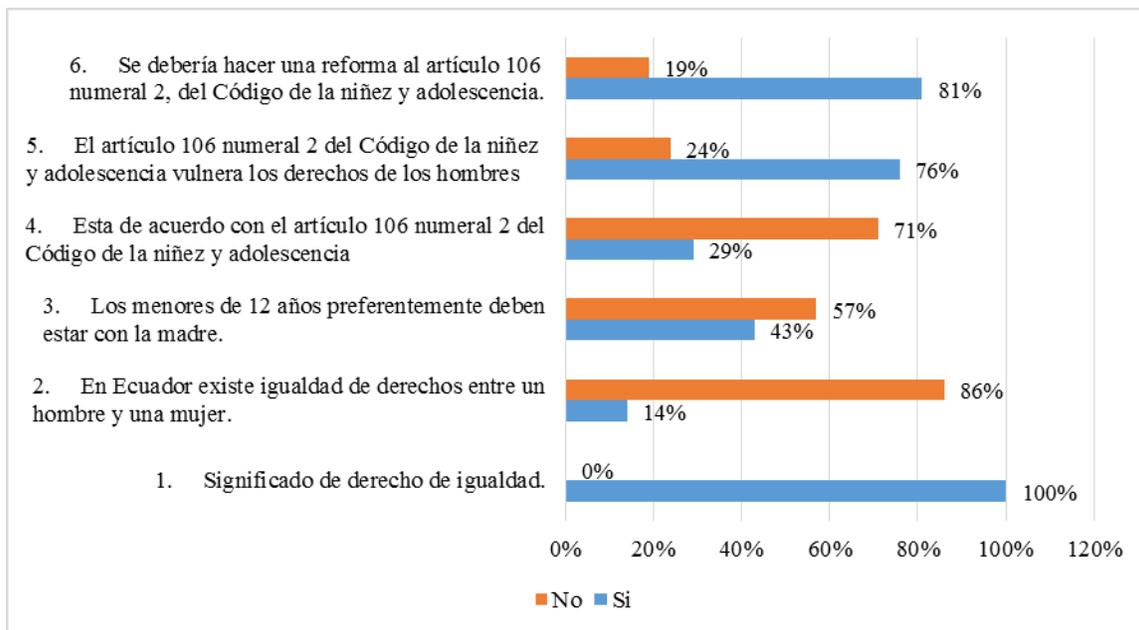
Se utilizó como instrumento una encuesta estructurada aplicada a profesionales de Derecho para valorar el conocimiento de la vulneración del principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad, establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en este sentido se preguntó a los encuestados temas referentes al principio de igualdad y su aplicación en la normativa ecuatoriana.

**Tabla 1.** Resultados de la encuesta aplicada a profesionales de Derecho

Cuestionamiento	Si	No
1. Significado de derecho de igualdad.	100%	0%
2. En Ecuador existe igualdad de derechos entre un hombre y una mujer.	14%	86%
3. Los niños menores de 12 años preferentemente deben estar con la madre.	43%	57%
4. El artículo 106 numeral 2, del Código de la niñez y adolescencia, indica que la patria potestad de los niños menores de 12 años se le concede a la madre, usted está de acuerdo.	29%	71%
5. El artículo 106 numeral 2, del Código de la niñez y adolescencia vulnera los derechos de los hombres al otorgarle la patria potestad de los hijos menores de 12 años a la madre.	76%	24%
6. En la legislación ecuatoriana, se debería hacer una reforma al artículo 106 numeral 2, del Código de la niñez y adolescencia.	81%	19%

**Fuente:** Encuestas (2020) Elaborado por: Francisco Bermeo

**Figura 1.** Encuestas aplicadas a profesionales de Derecho



**Fuente:** Encuestas (2020) Elaborado por: Francisco Bermeo

La tabla y figura 1 muestran los resultados de la encuesta, con respecto al conocimiento del derecho de igualdad se obtuvieron que el 100% de profesionales conocen el significado de la igualdad. Bajo esta misma línea al evaluar la existencia de igualdad entre hombres y mujeres, el 86% afirmó que no se cumple este principio mientras que el 14% indicó que si existe igualdad de derechos.

Por otro lado, al preguntar sobre la afirmación que el niño menor de 12 años debe estar bajo la tutela de la madre el 57% respondió que no, mientras que el 43% indicó que sí, demostrando que se vulnera el derecho de igualdad al amparar la preferencia materna cuando se resuelve la custodia del menor. Resultados superiores se encontraron al preguntar si están de acuerdo con el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia con respecto a la patria potestad de los hijos e hijas, pues, el 71% indicó que no y el 29% que si deben estar con la madre, lo que permite deducir que la práctica de elección de la custodia esta desactualizada conforme a la realidad vigente de la sociedad, por ello, el otorgamiento de la tenencia a uno de los padres debe ser realizada considerando las mejores características de responsabilidad que ayuden al desarrollo e interés del menor, pues el padre está en toda la capacidad de asumir la tenencia con la misma responsabilidad de la madre.

Con respecto a la vulneración del derecho de igualdad a los padres el 76% de encuestados mencionan que, si es vulnerado al conceder la patria potestad a la madre, enfatizando que se utiliza un régimen de predilección materna al momento de decidir con quién se queda el menor, por otra parte, el 24% indicó que no se trasgrede el principio de igualdad debido a que las madres están preparadas para continuar con la crianza de los hijos y este criterio es percibido por la sociedad.

Resultados similares fueron encontrados por (Henríquez, 2018) al evaluar la violación del derecho a la igualdad hacia el padre cuando se concede la custodia del menor, pues el 70% de encuestados mencionaron que si se viola este principio además que este sistema esta implementado en el país desde hacía varios años y requiere de una reforma.

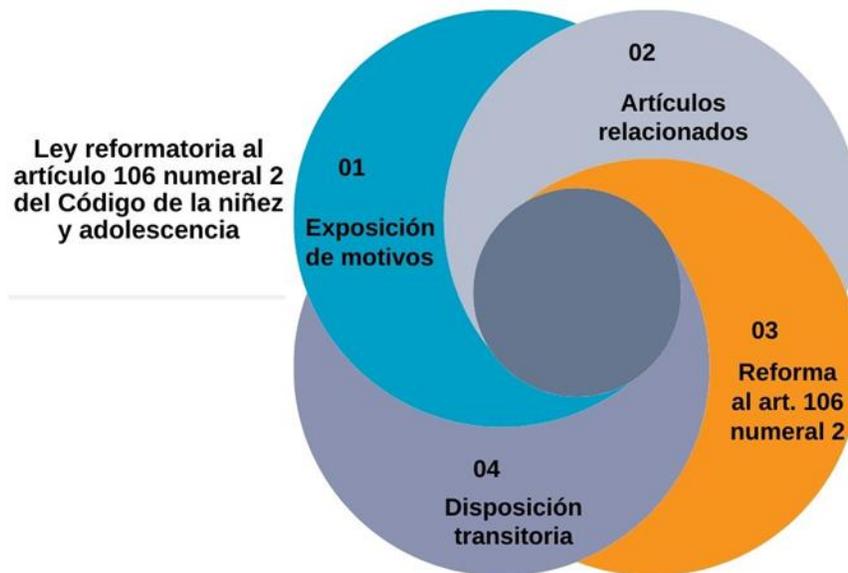
Finalmente, al evaluar si se debería reformar o no el artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia el 81% de encuestados afirmaron que sí, esto se debería realizar mediante un planteamiento más equitativo para los padres, es decir que tanto la madre como el padre tengan igualdad de oportunidades para obtener la custodia, por otra parte, el 19% manifestaron que no es necesario una reforma al artículo, esto debido a la poca aceptación de la población ecuatoriana adicional estaría contrario a la estabilidad necesaria para el correcto desarrollo del menor.

Según los resultados encontrados por (Mancero, 2017) el 94% de encuestados señalaron que si se debe reformar el artículo, ya que, de este modo se garantizaría el principio de equidad de los padres, para que se tutele los derechos pero fundamentalmente se vele por el interés superior del menor, adicional indicaron que mediante el artículo se está vulnerando el derecho de hijo o hija y se contraponen con la Constitución considera la ley superior en el Estado ecuatoriano.

## **Propuesta**

En la presente investigación se contemplan aspectos fundamentales para otorgar la tenencia del hijo o hija a uno de los padres cuando se termina el vínculo familiar, luego del análisis de los resultados y la revisión bibliográfica se determina que el artículo 106 numeral 2 del Código de la niñez y adolescencia vulnera el derecho de igualdad al establecer la preferencia por la madre, por ello, la propuesta consiste en elaborar un proyecto de reforma al artículo antes mencionado, de esta manera garantizar el principio de igualdad en la determinación de la tenencia.

**Figura 2.** Proceso de reforma al art. 106 numeral 2 del Código de la niñez y adolescencia.



Fuente: Elaboración propia

## **Ley reformativa al artículo 106 numeral 2 del código de la niñez y adolescencia**

### **Exposición de motivos**

La familia comprende la base fundamental de la sociedad, sin embargo, debido a circunstancias por las que atraviesan los padres, llegan a separarse, siendo necesario la vigencia de los derechos y el cumplimiento de obligaciones de forma equitativa entre los progenitores.

A partir de la separación, la tenencia de los hijos e hijas es otorgada preferentemente a la madre acuerdo al artículo 106 numeral 2 del Código de la niñez y adolescencia, quien desempeñará el rol de representante, mientras que al padre se le concede una obligación monetaria y visitas establecidas en el desarrollo del juicio de alimentos y divorcio, esta situación genera un desequilibrio según lo que establece la Constitución (2008) en el artículo 69 numeral 1 que indica que se promoverá la maternidad y paternidad responsable, donde tanto la madre como el padre están obligados al cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de los hijos e hijas.

En la sociedad ecuatoriana existe una problemática relacionada al otorgar la tenencia de los menores de 12 años exclusivamente a la madre, evidenciando la vulneración del principio de

igualdad al establecer preferencias entre progenitores, habitualmente se concibe que el cuidado de los niños o niñas es una cuestión que le incumbe solamente a la madre, por ello, es importante el establecimiento de nuevos parámetros que permitan la definición de la tenencia de forma justa y basada en la igualdad de género y derechos.

### **Considerando**

Que de conformidad con el artículo 1 de la Constitución del Ecuador, se establece que el país es un Estado constitucional de derechos y justicia social, es decir que el ejercicio de los poderes públicos debe estar bajo los lineamientos de la Carga Magna, que los derechos y garantías establecidos en la misma, así como los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el país, tienen observancia prioritaria y son de cumplimiento obligatorio.

Que el artículo 11 numeral 2 de la Constitución expone que el ejercicio de los derechos se regirá por el principio de igualdad, es decir todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, nadie puede ser discriminado por razones de sexo, condición socio económica, estado civil ni por cualquier otra distinción personal, temporal o permanente que tenga como resultado anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos.

Que el artículo 11 numeral 4 de la Carta Suprema establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el desarrollo de los derechos ni garantías constitucionales, es decir que el establecimiento de normas debe ser elaboradas con la finalidad de garantizar y tutelar los derechos de los individuos en general.

Que el artículo 44 de la Constitución manifiesta que el Estado, la sociedad y la familia son los encargados de proveer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, asegurando el ejercicio pleno de los derechos, atendiendo el principio de interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Los menores tienen derecho al desarrollo integral, considerado como el proceso de crecimiento y progreso del intelecto en un entorno familiar, escolar y social de afectividad y seguridad.

Que el artículo 69 numeral 5 de la Constitución establece que para proteger los derechos de las personas que integran la familia el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna vigilando el cumplimiento de los deberes y derechos entre madre, padre e hijos.

## **Reforma**

Artículo 1.- Con base a lo analizado jurídicamente y los resultados de la investigación se propone la acción reformativa del numeral 2 del artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia que establece: A falta de acuerdo entre los progenitores o si lo acordado comprende un inconveniente para el interés superior del hijo o hija, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiara a la madre, a menos que se pruebe que tal decisión perjudica los derechos de los menores. Artículo 106 numeral 2 del Código de la niñez y adolescencia: A falta de acuerdo entre los progenitores o si lo acordado comprende un inconveniente para el interés superior del hijo o hija, la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se realizará observando el principio de igualdad materna y paterna, salvo que se pruebe que tal decisión perjudica los derechos de los menores.

## **Disposición transitoria:**

La presente reforma entrará en vigencia a partir de la publicación en el registro oficial.

## **Discusión**

Al establecer la Constitución del Ecuador al país como el Estado de derechos y justicia, tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, por lo tanto, no se puede dejar vacíos legales que den paso a la vulneración de alguna de estas facultades. Los menores de edad están en una posición de desigualdad, por ende, deben ser protegidos mediante leyes claras que permitan la aplicación efectiva de los derechos evaluando que no se vulneren los mismos.

La normativa vigente ayuda a evidenciar que las reglas establecidas para determinar la patria potestad de los menores, trasgrede el derecho de igualdad mediante la tenencia unilateral, es decir proporcionando la preferencia a la madre, excluyendo al padre lo que genera un conflicto en el desarrollo de los hijos e hijas. Es imprescindible que luego de la separación de los padres, se realice una solución de tenencia bajo el principio de igualdad entre progenitores, evitando daños en el desarrollo de los niños y adolescentes, en donde tanto la madre y el padre tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos.

En cuanto a la paternidad posterior al rompimiento del vínculo matrimonial, es necesario que el Estado ecuatoriano por medio de mecanismos adecuados vele por el cumplimiento de los derechos

de los menores poniendo énfasis en el interés superior del niño, niña y adolescente, para ello, se debe proporcionar normativas que contribuyan a resolver de mejor manera la tenencia considerando el principio de igualdad entre progenitores, estimulando y procurando la estabilidad de los hijos.

En la Constitución ecuatoriana se establece la corresponsabilidad parental, mediante este principio de establecen los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos, sin embargo, el Código de la niñez y adolescencia compromete este principio al otorgar la tenencia sola a la madre cuando lo correcto es el involucramiento igualitario entre progenitores. Por otro lado, mediante la reforma del artículo 106 numeral 2 del Código de la niñez y adolescencia se pretende armonizar las leyes con la Constitución de esta manera se evitará la vulneración de los derechos humanos establecidos en la norma suprema.

Bajo estos parámetros, los juicios que se desarrollen con respecto a la tenencia de los hijos menores de 12 años deben ser realizados bajo el principio de igualdad, adicional mediante otros principios como la legalidad, equidad y eficiencia de este modo se fundará la convivencia armónica entre padres e hijos.

## **Financiamiento**

No monetario

## **Agradecimiento**

A toda mi familia por el apoyo brindado durante todo este proceso de formación.

A la Universidad Católica de Cuenca y los docentes de la maestría quienes me guiaron y proporcionaron sus conocimientos para cumplir con éxito esta etapa académica.

## **Referencias**

1. Acuña, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto [Changes in parental authority and especially its joint exercise] Recuperado de: <https://n9.cl/u7wv>. Revista de Derecho, 55-77.
2. Cabascango, M. (2017). El principio constitucional a la igualdad y preferencia materna en casos de tenencia legal de los hijos [The constitutional principle of equality and maternal

- preference in cases of legal custody of children] Recuperado de: <https://n9.cl/v4ek>. Ambato, Ecuador.
3. Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia [Childhood and Adolescence Code] Recuperado de: <https://n9.cl/2a3o>. Registro Oficial 737 de 03 - ene-2003 Última modificación 29-jul-2019.
  4. Código de los niños y adolescentes. (2000). Código de los niños y adolescentes [Children and adolescents code] Recuperado de: <https://n9.cl/x9v5>. Perú.
  5. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador [Constitution of the Republic of Ecuador] Recuperado de: <https://n9.cl/22uq>. Constitución de la República del Ecuador. Montecristí.
  6. Espinoza, I. (2016). Tipos de muestreo [Sampling types] Recuperado de: <https://n9.cl/naip>.
  7. Henríquez, J. (2018). La tenencia y la presunta transgresión al principio de igualdad [Tenure and the alleged violation of the principle of equality] Recuperado de: <https://n9.cl/dlks4>. Guayaquil, Ecuador .
  8. Herrera , M., & Lathrop, F. (2017). Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana[Parent-child Relationships in Latin-American Legislation] Recuperado de: <https://n9.cl/qn3n>. Revista de Derecho Privado, 143-173.
  9. Mancero, R. (2017). Proyecto de reforma al art. 106.2 del Código Orgánico de la niñez y adolescencia para garantizar el principio de equidad en la corresponsabilidad materna y paterna[Project to reform art. 106.2 of the Organic Code of childhood and adolescence to guarantee]. Riobamba, Ecuador. Obtenido de <https://n9.cl/g0ejh>
  10. Martínez, J. (2017). La vulneración del principio de interés superior del niño y la custodia compartida de los hijos en situaciones de crisis familiar [Violation of the principle of the best interests of the child and shared custody of the children in situations of family ]. Quito, Ecuador. Obtenido de <https://n9.cl/o553w>
  11. Noblecilla, S. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño [Determining factors of the custody of minors the family courts of Trujillo: the primacy of the best interests of the child]. Trujillo: Recuperado de: <https://n9.cl/208y>.
  12. Quintero, D. (2016). El derecho a la igualdad [The right to equality] Recuperado de: <https://n9.cl/sa0bg>. Research, 1-37.

13. Ramírez, O., Cruz, G., & Vargas, E. (2018). Un acercamiento al capital social y al turismo desde el enfoque mixto y mapeo de actores [An approach to social capital and tourism from the mixed approach and mapping of actors] Recuperado de: <https://n9.cl/5rcez>. *Antropología Experimental*, 55-73.
14. Rannauro, E. (2011). El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación la obligación del gobierno de México para realizar la armonización legislativa con perspectiva de género [The right to equality and the principle of non-discrimination the obligation of the Me]. *Revista IUS*. Obtenido de <https://n9.cl/phil5>
15. Rodríguez , A., & Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento [Scientific methods of inquiry and knowledge construction] Recuperado de: <https://n9.cl/zujb>. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 1-26.
16. Román, E. A. (2018). El derecho a la igualdad del padre en relación a la tenencia de los hijos menores de tres años [The right to equality of the father in relation to the custody of children under three years of age] Recuperado de: <https://n9.cl/vpmtq>.
17. Ronconi, L., & Vita, L. (2012). El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional [ The principle of equality in the teaching of Constitutional Lawv] Recuperado de: <https://n9.cl/wccj>. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 10(19), 31-62.
18. Saumeth, Y., & Figueroa, K. (2018). Analisis de la pérdida de la patria potestad en la ciudad de Barranquilla: años 2015-2016 [Analysis of the loss of parental authority in the city of Barranquilla: years 2015-2016] Recuperado de:<https://n9.cl/uva9>. Barranquilla, Colombia.
19. Valdés, C. (2008). Metodología de la investigación y manejo de la información [Research methodology and information management] Recuperado de: <https://n9.cl/3x1w>. *Fiscalía General de la Nación*.