



Análisis del derecho a la tenencia, frente a la presunta vulneración del derecho de igualdad de los progenitores

Analysis of the right to possession, in the face of the presumed violation of the right to equality of parents

Análise do direito de posse, em face da suposta violação do direito à igualdade dos pais

Juan Mateo Ordoñez Sisalima ^I
Jmordonezs86@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-2178-962X>

Carlos Julio Fajardo Romero ^{II}
Cfajardor@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-9511-8475>

Correspondencia: Jmordonezs86@est.ucacue.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de agosto de 2022 * **Aceptado:** 12 de septiembre de 2022 * **Publicado:** 12 de octubre de 2022

- I. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.
- II. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Resumen

Dentro de la normativa jurídica del Ecuador se nos tipifica el principio del derecho a la igualdad, llegando a establecer de manera estricta a que toda persona es igual y la misma deberá gozar de los mismos derechos y deberes, por consiguiente, a nadie se le puede llegar a vulnerar este derecho por su género, etnia, sexo, edad, etc. La carta magna ecuatoriana reconoce y busca garantizar a todos las ciudades el derecho de la igualdad en sus diferentes tipos (igualdad forma, material) eliminando la discriminación. Entonces bajo la precisa anterior, en el estado no debería existir normativa contraria, como la que declarada inconstitucional siendo el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia específicamente en sus numerales 2 y 4, donde se puede evidenciar una preferencia entre hombre y mujer (padre-madre) para implementar la tenencia y la patria potestad. Con lo expuesto anteriormente, el siguiente artículo busca analizar de manera crítica-jurídica, a como la preferencia materna en relación de la tenencia de los hijos llega a vulnerar el derecho de igualdad jurídica entre los progenitores masculinos, pudiendo así demostrar la influencia del género ante la ley y el principio de igualdad. Colocando como solución la implementación de una custodia compartida que permita la participación activa de los progenitores, respetando el derecho de igualdad bajo un mando constitucional, ya que una solución ante el problema latente en nuestro ordenamiento ayudara a precautelar los derechos de los hijos, de la misma manera los derechos de los progenitores ante la igualdad.

Palabras Clave: Igualdad; Derecho Constitucional; Tenencia; Corresponsabilidad; Vulneración.

Abstract

Within the legal regulations of Ecuador, the principle of the right to equality is typified, coming to establish strictly that every person is equal and must enjoy the same rights and duties, therefore, no one can be violate this right due to their gender, ethnicity, sex, age, etc. The Ecuadorian Magna Carta recognizes and seeks to guarantee all cities the right to equality in its different types (equality in form, material) eliminating discrimination. Then under the previous precise, in the state there should be no contrary regulations, such as the one declared unconstitutional being Art. 106 of the Code of Childhood and Adolescence specifically in its numerals 2 and 4, where a preference between man and woman can be evidenced (father-mother) to implement custody and parental authority.

With the above, the following article seeks to analyze in a critical-legal way, how the maternal preference in relation to the possession of children comes to violate the right of legal equality between male parents, thus being able to demonstrate the influence of gender before the law and the principle of equality. Placing as a solution the implementation of a shared custody that allows the active participation of the parents, respecting the right of equality under a constitutional command, since a solution to the latent problem in our legal system will help protect the rights of the children, of the In the same way, the rights of parents before equality.

Keywords: Equality; Constitutional right; Tenure; co-responsibility; Infringement.

Resumo

Dentro dos regulamentos legais do Equador, tipifica-se o princípio do direito à igualdade, chegando a estabelecer estritamente que toda pessoa é igual e deve gozar dos mesmos direitos e deveres, portanto, ninguém pode violar esse direito devido ao seu gênero, etnia, sexo, idade, etc. A Magna Carta equatoriana reconhece e busca garantir a todas as cidades o direito à igualdade em seus diferentes tipos (igualdade na forma, material) eliminando a discriminação. Então sob o preciso anterior, no estado não deve haver regulamentação contrária, como a declarada inconstitucional sendo o Art. 106 do Código da Infância e Adolescência especificamente em seus números 2 e 4, onde a preferência entre homem e mulher pode ser evidenciado (pai-mãe) para implementar a guarda e o poder paternal.

Com o exposto, o artigo a seguir busca analisar de forma crítico-jurídica, como a preferência materna em relação à posse de filhos vem a violar o direito de igualdade jurídica entre genitores do sexo masculino, podendo assim demonstrar a influência do gênero perante a lei e o princípio da igualdade. Colocando como solução a implementação de uma guarda compartilhada que permita a participação ativa dos pais, respeitando o direito de igualdade sob comando constitucional, pois a solução do problema latente em nosso ordenamento jurídico ajudará a proteger os direitos dos filhos, de Da mesma forma, os direitos dos pais perante a igualdade.

Palavras-chave: Igualdade; Direito constitucional; Posse; co-responsabilidade; Violação.

Introducción

Toda persona frente a la ley es igual, se les otorgan libertades y derechos semejantes. No obstante, en la actualidad existe normativa que no busca cambiar su forma vulneraria, como es presentando dentro del tema de la tenencia, la cual se ha llegado a demostrar una preferencia hacia a la madre, a pesar de que se demuestra una igualdad en las condiciones de los progenitores y los menores, así pudiendo evidenciar la preferencia materna.

Son muchos los casos donde se evidencia esta situación. Ya que al momento de existir una separación o la disolución de un vínculo matrimonial sin existir un acuerdo mutuo, el juzgador encargado es quien decide, siendo mayormente el padre quien pierde la tenencia de sus hijos, hasta en casos de que el niño menor de 12 años demuestre su interés por vivir con su padre. La parte paterna está destinada a vivir una situación basada en visitas bajo un régimen establecido, creando la imposibilidad de convivir de forma acta con sus hijos, y así el padre no llega a involucrarse directamente en los casos de crianza, desarrollo, salud, etc.

Esta desigualdad referente al género, causan problemas en los cuales se encuentran sumergidos los hijos, si desde el principio de una disolución matrimonial llega a ocasionar problemas emocionales entre los progenitores, son sus hijos los afectados de manera mayor generando un desequilibrio emocional frente a sus progenitores, en la lucha campal por la tenencia el más afectados son los hijos. La verdad absoluta es la búsqueda de que los hijos reciban paz a base de un dialogo entre sus progenitores realizando las medidas aptas evitando así una lucha campal por la tenencia, en la actualidad se vive un mundo en el que los hombres son tan capaces para el cuidado de sus hijos como las madres, respetando de esta forma lo relacionado a la igualdad fundamental.

DESARROLLO

DERECHO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

ANTECEDENTES DEL DERECHO DE IGUALDAD

“Todos son iguales a la ley, todos se encuentran con una protección y derechos iguales, de forma efectiva sin discriminación está siendo regulada por el estado” (Pineda, 1997).

Mencionando como primer punto la “Revolución Francesa” situada en 1789, este dio nacimiento al conocido principio igualitario dando desarrollo al pensamiento de sus ideologías, concluyendo en su codificación adentro de su ordenamiento jurídico del año 1791. (Valenzuela, 2008) No obstante, la Declaración Universal referente a Derechos Humanos en 1948, el principio de igualdad

demonstró una aceptación de manera general en la cual se desarrolló su aplicación en las diversas áreas y aspectos jurídicos, pues de tal manera y bajo la premisa de su aplicación se lo considero un principio y derecho.

El autor Guillermo Cabanellas, sobre el principio de igualdad otorga la acepción de “La falta de privilegio, prioridad o favor”. Siguiendo la línea doctrinal del Derecho Usual y su Diccionario, se plasma con las siguientes definiciones:

“En el Estado del Ecuador, el desarrollo de igualdad proviene del deber de suprimir la discriminación en todos sus tipos, bajo la estimación de límites del alejamiento de poderes y el nacimiento de un estado de derechos, que son mecanismos que otorgan a sus ciudadanos la libertad individual. Adentro de la normativa ecuatoriana precisamente en su carta magna creada en Montecristi el año 2008, se evidencio derechos y principios” (Cabanellas, 2006).

Se puede decir que la igualdad no solo es considerada un principio, de manera similar, como un derecho que vela por la actuación del Estado en relación de sus ciudadanos, que posee el deber de garantizar un igual trato, con la prohibición de realizar actos o hechos discriminatorios. La igualdad real proviene de las obligaciones y deberes del Estado Social de Derechos, que acepta la diferencia social y se crea políticas públicas con una finalidad que es la de garantizar de forma verdadera y no simplemente la plasma de manera poética.

Dentro del Ecuador se encuentra los poderes: Ejecutivo, judicial, legislativo, control social, etc., que son regidos por la carta magna la cual dispone la igualdad como derecho, que debe ser observado en las decisiones tomadas en observancia del desarrollo de sus ciudadanos, de mayor manera en los procesos judiciales de los operadores de justicia, un ejemplo claro de igualdad es la corresponsabilidad paternal en la crianza en aplicación de mandatos.

LA IGUALDAD DE GENERO Y FORMAL

Igualdad de género

La igualdad de género se basa en obtener la igualdad legal, social, financiera y de vida entre mujeres y hombres, ya que desea que puedan acceder sin discriminación en relación de los recursos y bienes de tipo valiosos dentro de una sociedad. Por lo que recae en la indagación en que los ciudadanos gocen semejantes derechos y deberes dentro del Estado, de manera conjunta.

Creando una relación con el feminismo, al referirse al mismo este desarrolla una acepción del género y su igualdad, en base a traer acotación el entendimiento de que las mujeres como un grupo

humano en el transcurso de la evolución histórica, atacadas, oprimidas, discriminadas, concluyendo en el deseo de erradicación en cuanto la explotación de varios tipos en base a la justicia en lo social (Goetz, 2007).

Es necesario indicar que el género y su igualdad no solo cuentan con la búsqueda del trato igualitario para todos, sino de igual manera busca la erradicación de normas supuestamente vulneradoras pueden encontrarse en muchas leyes que conforman los organismos sociales, de ello proviene los prejuicios rodeando al hombre y la mujer. Estos prejuicios son opiniones aceptadas por la tradición o por dictámenes emitidos por autoridades, convirtiéndolo en un elemento de importancia social, que son peligrosos por que se transforman en prejuicios colectivos que llegan a ser discriminatorios.

La igualdad formal

La Constitución de la república del Ecuador nos menciona en su: “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Nacional, Constitución de la República del Ecuador , 2008).

Al hablar de igualdad formal se referencia a una igualdad jurídica, ante la normativa o ley toda persona o ser humano es igual, este principio está basado el trato igualitario entre personas, eliminando toda distinción entre géneros.

Esta búsqueda de igualdad, llega a significar que toda persona o ciudadano debe ser tratada igual aplicación normativa, la ley obliga que la aplicación igualitaria ayude que a las personas se les coloque en una situación de derechos completamente similar, sin colocar una diferencia entre las mismas, alejando circunstancias que puedan llegar a afectar el uso o aplicación de la normativa vigente.

La igualdad frente a la normativa ecuatoriana, se encuentra a los habitantes a la misma altura de derechos no establecer privilegios, o imponer obligaciones innecesarias para ciertos grupos que llegan a ser afectadas o en diversas situaciones beneficiadas, así estableciendo propias condiciones a todos. Esta aplicación no busca una utopía, realmente lo que busca es que se cumpla a cabalidad la normativa tipificada, se debe concluir que la búsqueda de la igualdad formal es encontrar la posible vulneración a los ciudadanos que se localizan en situaciones diferentes como en un ámbito de discriminación, eliminando así las distinciones que puede llegar a recaer un grupo o una persona.

VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD FORMAL POR LA PREFERENCIA MATERNA

Para Paulino Castells (2009) , en su obra los padres no se divorcian de sus hijos menciona: “En tiempos actuales se puede llegar a presumir una vulneración frente a la tenencia injusta al hablar del hombre frente a la mujer, un padre que busca obtener la tenencia, el mismo llega a ser víctima de prejuicios y críticas”.

La estructura social del siglo actual, al mencionar una separación, crea una brecha claramente visual entre la separación de los progenitores, como géneros a base de estereotipos pueden llegar a afectar en los tratos que los diferentes organismos estatales u organizaciones, incluso ante la normativa que se implementa en ciertos casos. La sociedad influye de manera directa en los tratos que se implementa, por roles ya definidos de géneros creados por una división basados en el género, estos estereotipos son forzados a seguir la continuidad de la disolución del vínculo matrimonial.

Al instante de referirse del menor y su custodia, esta sea entregada al progenitor determinado, donde naturalmente la elección del juez o jueces asignados, es inmediatamente asignada la progenitora, se puede decir que se toman un escaso instante para indagar la elección del progenitor adecuado, no obstante los pocos casos donde el padre obtiene la custodia son mínimas y aplicadas solo en casos considerados “fuera de lo común” (Franco, 2014).

Regularmente se menciona que al instante de una separación de una pareja es el hombre quien pierde la circunstancia de vivir junto a los menores, dependiendo los diversos casos se puede plantear dos escenarios, el primero un padre llega a convivir por pocos minutos entre semana siendo un acuerdo favorable, y el segundo caso cuando el padre solamente puede convivir unas horas al mes colocando llegando a un contacto casi nulo. Se debe recalcar que no existe una manera como tal de obligar al custodio en que permita el contacto con el padre más veces establecido previamente, motivo por lo que los padres en algunos casos se llega a perder el contacto total, y casos que se dan de sacar a los niños del país por medios fraudulentos situación que se da porque el padre no tiene un contacto amplio con el menor.

Se observa necesario mencionar el caso ecuatoriano sobre tenencia y custodia que fue y hasta ahora es cuestionada, siendo la demanda de inconstitucionalidad en el espacio del Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 106 precisamente los numerales 2 y 4, siendo considerados contradictorios al interés superior del niño referente a lo familiar y la búsqueda de mantener la

relación familiar, el texto normativo llega a ser inadecuada para el menor y su protección, y por lo mismo llega a violentar varios derechos reconocidos en nuestro país, debe existir otro medio para establecer la tenencia, esto debe ser proporcional con el estudio a profundidad de situaciones que se lleguen a presentar, la costumbre de colocar una preferencia materna para el menor crea un estereotipo para los roles en cuanto el género, siendo el principal problema la incompatibilidad para la aplicación de los derechos del menor (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 11). Con lo expuesto anteriormente, se demuestra que los roles de género con sus estereotipos, llegan a tener una gran influencia dentro del ámbito social y su desarrollo, demostrado en la actualidad común.

Concluyendo que en gran porcentaje la separación vuelve al padre un visitador mas no un papá, esta tenencia crea una brecha de género pierden ambas partes. En Ecuador el padre debe colocarse en un modo de defensa para sus derechos al no contar con la tenencia, comenzando un procedimiento tedioso para obtener visitas favorables y así no perder la convivencia o integración con sus hijos y ver su desarrollo de forma plena, sin embargo estas visitas que no garantizan un desarrollo afectivo padre e hijo puede cancelarse o interrumpirse cuando la madre requiera o solicite la suspensión indefinida. Si bien las visitas ayudan a un mejor desarrollo afecto, esto no demuestra que se completa de manera eficaz el avance de los progenitores-menores, se debe establecer que aunque ambas partes pierden, el afectado “menor” directamente al ser las víctima de los trances establecidos por la acción de una tenencia preferencial.

LOS DERECHOS PATERNALES

Se ha observado desde el mundo natural de las especies, que deben realizar la crianza y el cuidado los progenitores, tal actividad es llevada a la sociedad, aplicada en los derechos instaurando las mejores condiciones jurídicas de forma equitativa, concluyendo en la responsabilidad jurídica entre progenitores y sus hijos.

Para Enrique Rospigliosi “La evolución referente a derechos estos llegan a considerarse en un rango llamado paternas, que surgieron a base del listado taxativo de forma objetiva, que rigen las relaciones de tipo familiar que es el pilar primordial de la edificación social y así se obtiene un Estado armónico que fortalece las relaciones” (Rospigliosi, 2011).

Los derechos paternas son una responsabilidad para los progenitores y bajo una perspectiva de los niños este es un deber o derecho que les otorga el cuidado, atención, protección, vigilancia y

sobre todo el acatamiento de sentimientos que se concluyen en su bienestar, bajo tal premisa se demuestra una obligación y derechos de los progenitores y de sus hijos, esta verdad no llega a ser absoluta y obligatoria puesto que los mismos hijos llegar a obtener deberes en relación hacia sus padres.

La familia monoparental, es un claro ejemplo de la inexistencia en relación de la igualdad, frente al progenitor a quien no se le otorgo el cuidado, violentado el desarrollo de los hijos en conjunto de la educación y cuidado que se hallan a base de ese tipo de familias que son reconocidas y protegidas por el Ecuador.

LA TENENCIA

GENERALIDADES DE LA TENENCIA

La estructura social proviene de las familiares nucleares que se hallan conformadas por padre-madre-hijos, cada miembro forma un conjunto y se encuentran reconocidos sus derechos y en las obligaciones ejercidas dentro del Estado. La afirmativa de los progenitores deben ayudar y poner en práctica sus obligaciones como una familia nuclear es de vital importancia para los hijos y su crianza, evidenciando que las familiares que solo se componen de una madre o padre dificulta el goce de derechos a favor de los descendientes y en el desarrollo al hablar de la crianza, afectando la relación parento-filial, la comunicación, la armonía en la convivencia, el desempeño académico, a lo cual la participación igualitaria busca obtener que los progenitores obtengan un resultado favorecedor.

Según Anay Valladares “Históricamente se han entregado roles a los progenitores (hombre-mujer) concluyendo con que las madres obtienen el deber primordial de ser madres, pues es así la evolución a la disolución de matrimonios o relación de parejas, y al hombre dejándole la obligación de proveer a base de actividades laborales” (González, 2008).

La desigualdad social de los hombres frente a la tenencia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, es un hecho que viene desde el pasado, que se configuro en las normas en base de las costumbres que se configuraron en ordenamientos jurídicos. La evolución dentro de nuestra sociedad, referente a la familia con sus diferentes tipos y de conflictos que provienen de ellas, no puede dejar que se siga manteniendo el concepto histórico a la madre como la responsable de la crianza y al padre con la obligación primordial y única de proveer. Tales situaciones generan

problemas familiares, concluyendo en divorcios demostrado dentro del mundo social como un problema de convivencia, económico y desarmoniza la crianza de sus hijos.

Bajo esta presentación debemos abolir el concepto histórico que llega a considerar a la mujer como una madre exclusiva y el padre es proveedor primordial, a que de manera conjunta obtienen la crianza y el apoyo ante la colectividad referente a sus hijos y su desarrollo. La realidad jurídica, ante un divorcio se establece a las mujeres de manera automática con la tenencia, es una realidad social, legal y jurídica, bajo la excepción que por mutuo acuerdo o decisión judicial proveniente de incapacidad o abandono materno, la responsabilidad queda en el padre así como la tenencia.

La tenencia tiene la esencia de ser bilateral con ambos progenitores dentro del mundo social y afectivo de los menores, presentando el escenario de separación donde la tenencia deberá ser compartida, con la excepción en tema de incapacidad o abandono presentado por cualquier progenitor; en las circunstancias que pacten un acuerdo mutuo con el que llegaran a determinar la tenencia de un solo un progenitor, con observancia de la no violación en el interés superior del niño, así el juzgador deberá resolver y designar la tenencia.

LA TENENCIA EN EL ESTADO ECUATORIANO

Ramos Zavala menciona: “El estado es garantista al ejercicio libre de hijos con los derechos, asimismo en la legislación ecuatoriana nos encontramos con la constitución el art. 44 el cual nos habla de que se promoverá de manera prioritaria a los menores con su desarrollo en la humanidad así como velar por asegurar sus derechos y un goce pleno de derechos bajo el interés superior” (Zavala, 2014).

Bajo esta premisa nos encontramos el Art. 69 No. 5 de nuestra constitución nos habla de la corresponsabilidad, el cual basa en el acatamiento de derechos recíprocos como de deberes de progenitores-hijos menores (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El estado es responsable ante una igualdad bajo iguales condiciones y derechos de los progenitores-menores esto se basará en garantizar un desarrollo en el respeto a la cultura y educación equilibrada brindada.

La tenencia dentro del estado ecuatoriano esta debe tener en cuenta los derechos a base del interés superior planeada en la normativa, no obstante es inexistente un apartado con una disposición legal que puede solucionar problemas referente a la tenencia, como la de autorizar una custodia o tenencia compartida. Dicha falta de normativa puede suprimir o limitar el principio de igualdad y

su misma aplicación. Entonces se puede definir vulnerada desde la vista paterna a la tenencia y los derechos al tener un conflicto lo que acarrea una pelea campal por obtener la tenencia, no obstante en los casos de una pareja monoparental puede tener un conflicto latente con el interés del menor ya que por ejemplo la tenencia realizada solo por un progenitor esto no llega a establecer un vínculo de manera simultánea con los progenitores cuando existe una separación o divorcio.

LEGISLACIÓN COMPARADA REFERENTE A LA TENENCIA

En la legislación que proviene de Latinoamérica es muy vaga al buscar quien es la encargada del cuidado personal de menores-hijos en la separación, como se toma la declaratoria y quien toma las decisiones que están acorde al bienestar infantil, pues se mencionan tales temas con una preferencia materna que es acogida con normalidad por las legislaciones, llegando a violentar la igualdad como principio y a la no discriminación al hombre por su género.

En Perú, su Código establece que en el asunto de disolución, ninguno de los padres quedará suspendido de la acción a la patria potestad, pero si surge el conflicto cuando no hay acuerdo sobre la custodia, el juez decidirá la custodia ya sea por uno de los progenitores, pero si hay un hijo menor de tres años, éste permanecerá al lado materno, además para la parte a la que no se le otorgue la custodia, se establecerá las visitas bajo un régimen (Codigo de los niños y adolescentes, 2004).

El deber otorgado a los hijos es el de convivir con sus padres para que éstos les concedan una vida digna, realizando plenamente su desarrollo de manera integral. Siendo que la posesión de los niños no es sólo una cuestión de custodia, sino que también tiene por objeto un mejor desarrollo, quien obtenga la acción de patria potestad, gozará también y plenamente de la posesión.

El Art. 81 del Código de la Niñez y la Adolescencia presenta la situación en que los padres separados, la custodia se determina de común acuerdo o, en su defecto, el juez encargado resuelve el dilema, considerando un informe encargado por el equipo especializado concluyendo con una opinión emitida por un fiscal. Como primer punto, si los padres llegan a un convenio de custodia, teniendo en cuenta los comentarios u opiniones vertidas por los menores, con la finalidad de identificar y atender sus necesidades. Esta relación trilateral entre progenitores-hijo permite que todos ellos puedan expresar sus intenciones y deseos de una tenencia plena y se manteniendo la relación familiar. En segundo lugar, cuando hay una disputa por la custodia, perjudicial, es el legislador especializado quien decidirá otorgar la custodia, siguiendo el proceso, dictando

judicialmente que la custodia se otorga en firme a un padre, siendo normalmente la materna (Codigo de los niños y adolescentes, 2004).

Chile referente a su patria potestad, regularmente para que su cuidado sea encomendado a la parte materna se debe asegurar el cumplimiento de reglas tales como: Capacidad de patria potestad, vínculo sentimental, dedicación y comentarios u opiniones presentados por sus hijos, a fin de la colocación de un dictamen sobre los derechos de los padres de acuerdo con lo anterior (Codigo de la niñez y adolescencia, 3 de enero del 2003).

En Paraguay se tiene una preferencia materna sobre los hijos menores de 5 años y en Uruguay cuanta con la misma preferencia solo con la distinción de 2 años. La responsabilidad paternal, ayuda y el contacto, son elementos utilizados de mala manera para fomentar la preferencia (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2001).

En Uruguay el juez para dictar la tenencia primero observa a los hijos y así mismo al progenitor que haya convivido más tiempo, dentro del caso Ecuatoriano el contacto parental proviene del acatamiento de varios informes técnicos realizados por el ente judicial bajo la normativa vigente (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2004).

En Argentina se ha dado la aceptación conjunta del cuidado, bajo este principio busca lo favorable para los infantes que enfrentan la separación o disolución del matrimonio, con este ideal compartido se clasifica el cuidado en dos modalidades: indistinto o alterno. El artículo 650 aclara: "En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado" (Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 2005).

El reglamento muestra que el padre-madre está determinado, salvo que se puede demostrar que es malo y vulnerador para los menores, porque el sistema siempre debe velar al menor y el interés de sus progenitores por una igualdad social.

Se demuestra con las legislaciones y sus visiones en el tema de la posesión y patria potestad, estas presentan el progreso para la lograr obtener los derechos referentes a los padres-menores de manera conjunta y bajo la misma relación de paternidad.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL AR. 106, INCISO 2 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE AL DERECHO DE IGUALDAD DE TENENCIA

Un claro ejemplo dentro de la legislación ecuatoriana es el artículo considerado inconstitucional, tal artículo establece de manera directa la tenencia al progenitor siendo la madre, siendo este el Art. 106 Código de la niñez y adolescencia que menciona lo siguiente:

“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” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La compartida patria potestad en la normativa ecuatoriana, realizada la representación legal entre progenitores, no obstante, al hablar de tenencia un punto aparte ya que quien la ejercer es quien está pendiente del cuidado-crianza de menores, estableciendo por ejemplo nos encontramos con la patria potestad entre progenitores-hijos pero sobre una tenencia esta se le entrega a uno al momento de la ejecutoria el divorcio.

Este hecho de preferencia llega desde la cultura ecuatoriana directamente, en conjunto con la normativa este ha confiado desde tiempos atrás la crianza-cuidado era de madres a hijos, haciendo especial énfasis en los más pequeños, porque se observa una mayor atención a estos niños atención que se presume que solo la madre puede otorgar, no obstante cuando el menor cumple los 12 años este puede elegir con que padre vivir.

Bajo un vistazo cultural se puede entender la ligera preferencia materna sobre la atención o amparo frente a niños, pero esto no demuestra al 100% pueda ser la adecuada para el cargo, este tema colectivo de pensamiento, puede suponer un estereotipo, pero existen varios casos donde la madre puede no ser apta para el amparo o cuidado, otorgando al padre a cumplir de mejor manera la auxilio y crianza. La normativa ecuatoriana llegó a un extremo en la que se vulnera a las dos partes:

1. “Se le llega a imponer a la mujer en la colectividad un rol y como en pocos casos demostrados existe un porcentaje donde las mujeres se aprovechan de esto para obtener la tenencia.
2. El descuido al instante de examinar el modo de crianza paterna, demostrando así el lazo referente a un vínculo sentimental de un padre que lógicamente son iguales a la madre, determinándose que no debería existir brechas al hablar de su atención y auxilio” (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008).

Como conclusión, la responsabilidad del rol de cuidado y protección es por la parte materna, y en muy raras ocasiones la paterna, sin importar que se llegue ha de demostrar que son capaces ambos progenitores de cuidar y amar a su descendencia.

LA TENENCIA COMPARTIDA

Como una propuesta de solución en el conflicto de tenencia, se debe hablar de la tenencia compartida como método que evita la vulneración del derecho de igualdad, debiendo mencionar la importancia que dicha implementación en el estado ecuatoriano da respeto a las garantías constitucionales buscando la satisfacción de obligaciones-derechos que recaen entre progenitores-menores, a base de una efectividad plena de los derechos establecidos en la nación.

Como acto puramente físico, la tenencia son derechos a base de deberes derivados de la paternidad ejercidos por los humanos respecto de los menores. El dolor que proviene de al transformarse en un simple visitador es una desesperación y abrumadora situación para cualquier progenitor, no obstante la tenencia automáticamente para la madre dentro de la legislación.

El padre pasa a ser no conviviente haciéndose reserva de visitas y pago de alimentos, siendo la madre convertida en acreedora del compromiso total por el menor. Una solución apta es implementar la tenencia compartida siendo la mejor visión que se ha expuesto con anterioridad, pues así le padre puede superar el alejamiento y cumplir con su responsabilidad no solo sea el que realiza visitas, sino que cuente con un rol de responsabilidad más activa.

Según Benítez Parra “Dentro del territorio ecuatoriano compartir la tenencia llega a ser un tema muy sobresaliente, se lo concluye de mala manera en que más de 200 familias que están en la busca de que se demuestre o se realice un cambio en las leyes dentro de nuestro país, y que sean resueltas dentro del tema de la disolución de los matrimonios” (Parra, 2015).

La tenencia compartida esta es considerada un derecho bilateral conjunta de entre progenitores-menores y luego de la disolución o separación del vínculo del matrimonio debe desarrollarse igualitariamente, o en el caso de la demostración de que el progenitor es incapaz o que abandonan, por lo que los menores quedarían a cargo de proteger y cuidar, ya sea el paterno o, de la materna, ya que es ahí donde el juzgador es quien debe decidir qué hacer en interés y seguridad del niño.

En Ecuador la tenencia compartida se encuentra basada basada en un ideal hecho evidenciado por la no legalización, pero lo que busca presentar la elaboración de este artículo científico es de demostrar un solución de forma aplicativa al problema jurídico, por medio de diversos principios

expuestos en párrafos anteriores del presente trabajo, que en un recuento son el principios de igualdad, corresponsabilidad, interés-del menor y del género con igualdad.

Los padres que buscan obtener la tutela directa y cuidado sobre los menores, para poder obtener un desarrollo integral. La custodia debe tener su sitio en el grupo conyugal y brindar hogares donde los hijos pueden vivir con sus padres manteniendo relaciones de afecto, guarda, protección y manutención, antes que la historia marital disolución, porque aún deben ejercer en igualdad de condiciones la patria potestad, los alimentos y toda clase de relaciones afectivas. Considerado como principio constitucional, como punto central la igualdad referente a los compromisos de progenitores-menores, como los ingresos, cuidado, crianza y a cumplir las necesidades, vinculados con la vida digna. El desarrollo y cuidado en forma igualitaria y responsable que ambos progenitores deben realizar sobre los menores, son responsables de la protección y el adecuado desarrollo integral, defendiendo sus derechos.

Dentro de la Constitución ecuatoriana, en el art. 69, numeral 5: *“El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”* (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008). En análisis del artículo ha manifestado anteriormente, el Estado debe garantizar los derechos bajo el amparo de todos los menores, con la observancia en los progenitores velen por la obediencia de las necesidades y un cuidado equitativo eliminando la limitación hacia los progenitores.

El incumplimiento en la promoción de la corresponsabilidad parental-menores es un gran problema en tiempos actuales, ya que sus instancias obtienen el compromiso de supervisar el cumplimiento sobre en el espacio procedimental, al hablar de la violación en derechos naturales y fundamentales los cuales son de forma inalienables que les otorgan una esfera de protección.

Todos los niños de las sociedades son el futuro de las generaciones, significando que sus derechos son de suma atención, centrados en el respeto a la nulidad de los alimentos, ya que se deja sin considerar la parte afectiva de los lazos que los unen. padres-hijos, a sentirse seguros y protegidos, porque de esta forma logran un desarrollo integral.

Para Cristóbal Pinto: *“La corresponsabilidad paternal recae sobre acepción, equitativa, activa y permanente, sin la distinción de si viven separados o juntos los progenitores, pues deben actuar por bien de la familia”* (Andrade, 2009).

La responsabilidad principal de los padres-hijos es el rechazo de toda forma que provoque deslindarse el acatamiento de obligaciones y deberes, por lo tanto, cuando los padres no tienen vida

en común, esto no es sinónimo de supresión de la responsabilidad que deben a los hijos, destacándose con el simple pretexto de cancelar la pensión alimenticia como la mejor salida, porque resultó ser necesario la presencia, amor y afecto. Concluamos con la teoría sobre la situación de los progenitores la cual se debe basar en la plena responsabilidad de lograr, ya sea juntos o separados, lo fundamental para el crecimiento del desarrollo de los niños, esto es, la educación a partes iguales, su bienestar y su seguridad.

CONCLUSIONES

1. El derecho de igualdad busca colocar a las personas de un estado en las mismas condiciones, derechos y deberes, pero en cuanto al momento de hablar de la tenencia de los hijos, llega a ser vulnerado el derecho de igualdad ya que la existente preferencia materna coloca al padre en una desventaja de oportunidades al intentar encargarse de sus hijos y sus cuidados.
2. La solución para el problema latente en nuestro país en la búsqueda de implementar la tenencia compartida, la cual ayuda a que los dos progenitores ejerzan de manera directa y eficaz la crianza de sus hijos, cumpliendo con las obligaciones y deberes que acarrea la misma, y así al instante de una separación o disolución conyugal, no se de una separación en las responsabilidades entre progenitores-hijos, así implementado un ideal en la igualdad de género demostrado en una tenencia adecuada. Todos los progenitores deben tener el derecho de observar a sus hijos, aunque no exista un vínculo de matrimonio o unión ante el segundo progenitor, durante el desarrollo de este artículo se ha explicado que el estado otorga solamente a uno de los progenitores la custodia, quitando de esta forma los derechos del progenitor que no la obtuvo.

El estado debería analizar a profundidad la implementación de la tenencia compartida dentro de nuestro país, ya que con dicha implementación se lograra evitar que la vulneración de derechos al momento de referirnos a la igualdad entre progenitores y como punto principal la protección de los hijos y sus derechos.

Referencias

1. Andrade, C. P. (2009). Custodia Compartida. Madrid: Bosch.
2. Cabanellas, G. (2006). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo IV. Buenos Aires: Heliasta.

3. Canales, H. (1998). Principios generales y principios constitucionales. Madrid: Estudios Políticos.
4. Castells, P. (2009). Los padres no se divorcian de sus hijos: claves para seguir con ellos tras la separación. Madrid: Aguilar.
5. Congreso Nacional. (3 de enero de 2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: LexisFinder.
6. Diputados, E. S. (2005). Ley de proteccion integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Argentina: Ley 26.061 .
7. Franco, A. E. (2014). La familia y la Coparentalidad en el Perú. Chiclayo: CONADEFAM.
8. Goetz, A. M. (2007). Justicia de género, ciudadanía y derechos. Londres: Routledge.
9. González, A. M. (2008). La familia. Una mirada desde la Psicología. Cuba: Medisur.
10. Nacional, A. (2008). Constitucion de la Republica del Ecuador . Montecristi : Lexis.
11. nacional, C. (2001). Codigo de la Niñez y Adolescencia. Paraguay: Bacon.
12. nacional, C. (2004). Codigo de la NIñez y Adolescencia. Uruguay: Ley N° 19.355.
13. Nacional, C. (3 de enero del 2003). Codigo de la niñez y adolescencia. Peru: Hammurabi.
14. Olaso, L. M. (1996). Curso de introduccion al derecho tomo I. Venezuela: Temis.
15. Pacheco, J. M. (2010). Diccionario de la Real Academia Española. Madrid: Novatores.
16. Parra, B. (2015). Principios de la Patria Potestad. Ambato: Difundia.
17. Pineda, M. (1997). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VII. Estudios De Derecho. Bogota: Udea.
18. República, C. d. (2004). Codigo de los niños y adolescentes. Peru: Ley N° 27337.
19. Rivas, H. O. (2009). Cartilla de los derechos humanos. Colombia: Freire.
20. Rospigliosi, E. V. (2011). Tratado de derecho de familia. Lima: Gaceta Juridica.
21. Tremps, P. P. (2004). Los derechos fundamentales. Quito: Corporacion Editorial Nacional.

22. Valenzuela, M. A. (2008). La revolucion francesa. Guatemala: Gedisa.
23. Zavala, R. (2014). Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separacion encaminada a la tenecia compartida de los padres. Quito: Universidad Central del Ecuador

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).