



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**Desigualdad de los derechos parentales en Ecuador en
razón del género**

AUTOR:

Abg. Nelson Ricardo Yáñez Jara

**TRABAJO DE TITULACIÓN PARA LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

TUTOR:

Pamela Julianna Aguirre Castro, Ph.D

**Guayaquil, Ecuador
2021**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **abogado**, Nelson Ricardo Yáñez Jara, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Constitucional**

DIRECTOR DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Pamela Julianna Aguirre Castro, PhD

REVISOR(ES)

Lcda. María Verónica Peña Seminario, Ph.D

Dr. Juan Carlos Vivar Alvarez, Mgtr.

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán, Mgtr.

Guayaquil, a los 02 del mes de diciembre del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **NELSON RICARDO YANEZ JARA**

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación “**Desigualdad de los derechos parentales en Ecuador, en razón del género**” previa a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho constitucional**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 02 del mes de diciembre del año 2021

EL AUTOR

Abg. Nelson Ricardo Yáñez Jara



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo,

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación** previo a la obtención del grado de **Magister en derecho Constitucional** titulada: **Desigualdad de los derechos parentales en Ecuador, en razón del género**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 02 del mes de diciembre del año 2021

EL AUTOR:

Abg. Nelson Ricardo Yáñez Jara

INFORME UNKURD

Lista de fuentes Bloques

[Abrir sesión](#)

Documento [TESIS PARA TERCERA REVISION DE UNKURD AB RICARDO YANEZ.doc](#) (D120240194)

Presentado 2021-11-28 20:07 (-05:00)

Presentado por viviana.betty@yahoo.com

Recibido miguel.hernandez.ucsg@analysis.unkurd.com

Mensaje TESIS AB YANEZ URKUND [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 39 páginas, se componen de texto presente en 5 fuentes.

por su género femenino. Es así que tenemos el caso de Enrique (nombre protegido) extraído de los archivos de diario "El Telégrafo" en la noticia presentada el 30 de mayo de 2021.

1 Advertencias.

En el señalado caso, el padre de Victoria (nombre protegido) solo durante los primeros seis meses de vida de esta, ha podido compartirlos y afianzar su relación afecto parental, y por más de cinco años, han sido contadas las ocasiones en las que ha podido compartir con su hija. El padre manifiesta al medio de comunicación por medio de la organización Coparentalidad Ecuador, que ha recibido tratos humillantes por intentar acercarse a su hija, y que, a pesar de haber llegado a un acuerdo formal con la madre, esta lo ha incumplido en varias ocasiones; y que los intentos para obligarla a que lo cumpla no han sido bien atendidos de parte de las autoridades, además de obligarlo a incurrir en ingentes gastos económicos. Ante lo cual en virtud de lo difícil del proceso decidió no pelear más por

AGRADECIMIENTO

Agradezco, a mi fallecido padre, Bladimir por haberme forjado desde pequeño, a mi madre Ivonne por su constancia y determinación, a mis hermanos Gabriela y Fernando por su apoyo, a mi querida y admirada tutora Dra. Pamela Aguirre Castro, por sus sabias y oportunas directrices. A Dios, por la bendición de haber culminado esta etapa académica. A mis grandes amigos Javier y Gabriela por su colaboración en todo este proceso. A mi hija adorada, Mayito, por ser la inspiración de este trabajo académico. A mi amada novia Sheyla, por el apoyo, la comprensión y la motivación, por todo lo que hace por mí.

Abg. Nelson Ricardo Yáñez Jara

DEDICATORIA

A mi fallecido padre, será el primer logro académico del cual te sentirás orgulloso desde el cielo. A mi hija, por todos los momentos que hemos perdido. A Dios, todo es en tu honor. A los padres ecuatorianos, que luchan por condiciones justas y óptimas para el desarrollo de sus relaciones parentales.

Abg. Nelson Ricardo Yáñez Jara

INDICE

PRESENTACIÓN:

Carátula

Certificación

Declaración de responsabilidad

Autorización

Agradecimiento

Dedicatoria

Índice

Título, resumen, palabras clave, abstract

Keywords

INTRODUCCION:

Página 13. Introducción

Página 16. Planteamiento del problema.

Página 19. Justificación

Página 21. Preguntas de investigación

Página 22. Hipótesis. Objetivos de investigación: Objetivo General, Objetivos Específicos

DESARROLLO:

Fundamentación teórico conceptual.

Página 23. Derecho fundamental o constitucional: Antecedentes históricos, Definición

Página 25. Ejercicio de los derechos constitucionales: Materialidad, Goce, Desarrollo y Restricciones

Página 31. Derecho o principio de igualdad: Antecedentes históricos, Definición, Materialidad

Página 35. Discriminación: Antecedentes históricos, Definición, Discriminación en razón de género

Página 42. Derechos parentales

Página 44. Patria potestad

Página 45. Tenencia

Página 47. Régimen de regulación de visitas

Marco metodológico.

Página 51. Tipo de investigación

Página 52. Método de investigación, Técnica de recolección de datos, Herramienta de análisis de datos, Procedimientos

Página 53. Instrumento de recolección de datos, Hipótesis, Definición operacional de las variables de la hipótesis. – Construcción del instrumento de recolección de datos, Variable Independiente. - Derechos Parentales, Variable Dependiente. - Desigualdad

Página 54. Análisis de resultados

Conclusiones.

Página 58. Conclusiones

Recomendaciones.

Página 60. Propuesta

Página 65. Recomendaciones

Referencias.

Página 66. Referencias

Anexos.

Página 70. Guía de Observación

TITULO:

Desigualdad de los derechos parentales en Ecuador en razón del género.

RESUMEN:

El tema de estudio de esta investigación es la discriminación que la ley hace en detrimento de los padres, sobre los derechos parentales. Su pertinencia se enmarca en la violación de un derecho constitucional, como lo es el derecho a una familia; la cual social y jurídicamente hablando es el núcleo de una sociedad, siendo la sociedad el principal elemento de un Estado. Además de ser un derecho constitucional, el gozar de una familia. Por tanto si la ley hace un detrimento al ejercicio de los derechos parentales, restringe los derechos a las familias; al ser el Ecuador un estado constitucional, esto se contrapone a sus fines; los objetivos de este trabajo son el evidenciar los yerros legales y judiciales que restringen el derecho constitucional a una familia, el objeto de estudio, es la legislación en materia de familia; se ha empleado una metodología de carácter analítico, con las respectivas guías de observación; para la posterior presentación de resultados con las observaciones pertinentes y conclusiones alcanzados, con lo cual se espera detallar cuales son las normas inconstitucionales y que y como vulneran derechos consagrados en la Constitución, por atentar al principio de igualdad.

PALABRAS CLAVE:

Derechos parentales, Disparidad, Discriminación, Principio de igualdad, Genero.

ABSTRACT:

The subject of study of this research are the discriminations that the law makes to the detriment of parents on parental rights, its relevance, is framed in the violation of a constitutional right such as the right to a family; which socially and legally speaking is the nucleus of a society, and society is the main element of a state; besides being a constitutional right to enjoy a family; Therefore, if the law is detrimental to the exercise of parental rights, it limits or therefore restricts the rights of families; Since Ecuador is a constitutional state, this is contrary to its aims; The objectives of this work are to show the legal and judicial errors that restrict the constitutional right to a family, the object of study is the legislation on family matters; An analytical methodology has been used, with the respective observation guides; for the subsequent presentation of results with the pertinent observations and conclusions reached, with which it is expected to detail which are the unconstitutional norms and which and how they violate rights enshrined in the constitution, for violating the principle of equality.

KEYWORDS:

Parental rights, Disparity, Discrimination, Principle of equality, Gender.

INTRODUCCION:

Ecuador, desde el año 2008, dio un giro a su estructura jurídica nacional, para ser más precisos, pasó de ser un Estado social de derecho; el cual poco o nada fue aplicado, y tuvo repercusión inmediata en el diario vivir de la ciudadanía; hacia un estado constitucional de derechos y justicia; que pretende estar presente en todos los ámbitos del diario vivir de sus ciudadanos. Dentro de este sistema jurídico, los derechos no son solo exposiciones líricas o declaraciones literarias; sino, son el fin último del deber del estado, en cuanto a su garantía, protección, resarcimiento y materialidad de su ejercicio; entiéndase esto último como la realización y el cometimiento pleno del derecho ostentado, sin limitantes, ni restricciones.

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, existe una amplísima gama de derechos, todos con el mismo rango e igual jerarquía. Nuestra constitución consagra varios tipos de derechos; como los derechos del buen vivir, a la educación; salud; trabajo, derechos de los niños, niñas y adolescentes, derechos de libertad; entre otros. En la CRE, en su Sección Quinta, en el Art. 44 y siguientes, refiriéndose a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; consagra que es un derecho constitucional de estos, su desarrollo integral; incluyendo como parte del alcance de este, que el mismo se desarrolle en un adecuado entorno familiar, que le permita satisfacer sus necesidades sociales, afectivo-emocionales, y señala como parte de esto también el derecho a disfrutar de la convivencia familiar. (Constitución, 2008)

La propia Constitución reconoce el derecho a una familia; y siendo *vanguardista*, reconoce el derecho a diversos tipos de familia. Acorde a la realidad actual, en la que se ha incrementado de manera exponencial, las familias divididas, los embarazos fuera de matrimonio, o de una relación estable y monogámica. Según los datos del INEC, entre el año 2006 y 2016, hubo un incremento del 83.45% de los casos de divorcio en Ecuador, llegando en el 2016 a la suma de 25.468; (Rosero, 2016). De lo anteriormente señalado se colige que al menos 20.000 padres dejaron de convivir con sus hijos. Entiéndase que existe una realidad en la que factualmente no se puede cumplir plenamente con la convivencia familiar; por lo cual el desarrollo integral no es completo.

El objeto de estudio de esta investigación recae sobre la realidad y la problemática social, de carácter nacional, que debe tener a consideración el estado, que por precepto constitucional protege a la familia como su núcleo social; parte de esta protección es el garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Siendo uno de estos, la convivencia parental. Necesariamente para la consecución de lo señalado es menester del estado emanar normativa regulatoria, sobre la temática, que respete los mandatos constitucionales como el principio de igualdad de derechos y oportunidades de todos los miembros de una familia. Lo cual como se detallará a continuación no siempre es respetado, en el ordenamiento jurídico.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, adelante CONA manifiesta dentro de sus principios fundamentales, que es deber del estado, entre muchos otros, adoptar medidas legislativas, que viabilicen y garanticen la vigencia del interés superior del niño, el cual como ya se ha especificado conlleva dentro de sus elementos que estos se desarrollen dentro de un entorno familiar adecuado; y a su vez parte de este entorno familiar adecuado, lleva implícito una convivencia con sus padres, que sea, sana, frecuente, regular, sin restricciones. Es decir que la relación afectiva no se vea trastocada por la realidad de las familias a las que se hace referencia en los datos del INEC.

En cuanto a los derechos que abordará el presente trabajo investigativo; nos referiremos específicamente a: patria potestad, tenencia, régimen de visitas. En los ámbitos pertinentes en los que se evidencia algún tipo de desigualdad. En cuanto a la patria potestad el código civil establece que es el conjunto de derechos y responsabilidades que sobre los hijos tienen ambos padres. Señalando además que la misma corresponde, en el caso de divorcio o separación de los padres, al progenitor con quien se quede a cargo el o los hijos. En este cuerpo legal no existe aparentemente ningún tipo de disparidad en cuanto a la patria potestad, mas, si analizamos el contenido del CONA en lo referente y concordante, se manifiesta; que para el confío de la patria potestad, se respetará lo acordado por los padres, y a falta de esto, se preferirá a la madre, cuando los hijos sean menores de doce años. (Congreso Nacional del Ecuador, 2003)

A más de ello, si analizamos en conjunto el código civil con el CONA existe una aparente imposibilidad del ejercicio de la patria potestad a favor del padre. Por cuanto como ya se dejó en claro, según el código civil, esta le corresponde al progenitor con quien se quede a cargo el hijo; y en el C.O.N.A. se establece que, en caso de no haber un acuerdo entre los padres, la tenencia quedará a cargo de la madre, en los casos de los hijos menores de doce años. De esto se puede notar un claro agravio para el padre. En virtud de que si la patria potestad le corresponde al progenitor con quien se quede a cargo el hijo, y por mandato legal, los hijos menores de doce años quedarán (salvo acuerdo, entiéndase como este, la aceptación de la madre), a cargo de la madre, será esta quien ejerza la patria potestad del hijo, de manera preferente.

En lo referente al derecho a visitas de los padres, debe señalarse, que no se cumple con el mandato constitucional de desarrollo progresivo del derecho en la norma; por cuanto existe una carencia de legislación regulatoria que viabilice y garantice este derecho, siendo que el C.O.N.A. si bien declara la existencia de este derecho, la reglamentación para su ejercicio, es muy ínfima; limitándose a declarar que este derecho será acorde al cumplimiento de obligaciones parentales; sin determinar el contenido de estas obligaciones; además de señalar que es necesario la presentación de los informes que considere pertinente; sin señalar de manera específica, cuáles son los criterios para la elaboración de estos.

En cuanto al campo de estudio de esta investigación, este, recae en las ramas del derecho, tanto constitucional como el derecho de familia; el primero de estos por motivo de que se analizará y abordará el principio del derecho a la igualdad, el cual es un derecho constitucional, y concomitantemente a ello, el principio y la prohibición de no discriminación consagrado dentro de la misma esfera del derecho constitucional. Mientras que, por parte del derecho de familia, se abordará los tópicos del interés superior del niño, desde las figuras jurídicas de la patria potestad, tenencia y régimen de regulación de visitas; y como el ejercicio equitativo de estas, en condiciones iguales, y plausibles a favor de ambos padres, es parte intrínseca de este.

La utilidad del presente trabajo radica en que servirá a futuros investigadores, así como a abogados en libre ejercicio a tener una base doctrinaria para la defensa de

estos derechos, así como también servirá a administradores de justicia a discernir de mejor manera este tipo de casos, para resolver con mayor apego a los preceptos constitucionales. Mientras que la importancia del mismo radica en la necesidad imperiosa de que se deje de analizar los asuntos inherentes al objeto de estudio desde una perspectiva netamente objetiva positivista, en la cual únicamente se verifica el cumplimiento de preceptos legales, sin tener en consideración una valoración axiológica de las normas en materia. Siendo que esto ha conllevado a vivir una realidad prohibitiva para los padres que buscan una relación parental libre y que les permita su realización personal de ejercer una paternidad plena.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Como se ha señalado en la sección anterior, existe una problemática social, creada por el error legislativo, de discriminar a los padres en cuanto a los derechos parentales, dando prelación a las madres, en ciertos derechos, o el ejercicio de estos, como se ha indicado en los casos de patria potestad, tenencia y régimen de regulación de visitas. El principal problema de esta realidad es un prejuizamiento que deviene en un acto discriminatorio contra los hombres, quienes, en razón de su género masculino, son considerados por los administradores de justicia y legisladores, como menos aptos para el cuidado y la atención de sus hijos. Esto sin ningún tipo de valoración técnica. Es ahí donde se perpetra la violación a su derecho a la igualdad, y los vuelve víctimas de discriminación. Y al ser nuestro campo de estudio los derechos constitucionales, este problema se encuentra vinculado de manera directa con la ciencia de este programa de postgrado.

Como ya se señaló en la introducción en el 2016 los hogares separados ascendieron a la suma de 25.468 casos. Por disposición legal en todo proceso de divorcio, es obligatorio resolver el estado de los hijos menores de edad, siendo que se resuelve de manera *sine qua non* la fijación de un régimen de pensiones alimenticias, régimen de regulación de visitas y tenencia de estos. En cuanto al dato estadístico señalado no se ha realizado de parte del INEC una estadística en el año 2016 de los casos de tenencia, únicamente de los de divorcio; más en el Anuario de matrimonios y divorcios del INEC, con cierre en el año 2015, en el cual señala que, de los 25.692

casos de divorcios registrados en ese año, únicamente 1.334 padres ostentaron la tenencia de sus hijos, lo cual corresponde a una parvedad del 5% de los casos.

Sobre la inconstitucionalidad de la legislación en materia, de tenencia ya existe una causa pendiente de resolución en la Corte Constitucional ingresada con fecha primero de abril del año 2015; por la Abg. Daniela Salazar Marín en calidad de patrocinadora de las señoras Adriana Orellana Ubidia y Andrea Muñoz Saritama, quienes plantearon una acción de Acción de Inconstitucionalidad, en contra del Art. 106, del C.O.N.A. argumentando que existe una violación a la igualdad material y no discriminación de estos artículos; lo que afecta a los padres y los pone en una situación jurídica de desventaja con respecto a las madres de sus hijos. (0028-15-IN)

Motivo de este error legislativo, de carácter arcaico y totalmente anti técnico deviene un claro perjuicio para los padres e hijos, quienes se ven limitados de materializar sus relaciones afecto-parentales. La desventaja legal que viven miles de padres a nivel nacional, se vuelve una limitante al ejercicio de los derechos parentales, por cuanto estos se ven en la absurda necesidad de demostrar su idoneidad como padres, ante la administración de justicia, mientras que, a las madres, la ley y por ende la administración de justicia, por esta presunción, las presume idóneas únicamente por su género femenino. Es así que tenemos el caso de Enrique (nombre protegido) extraído de los archivos de diario “El Telégrafo” en la noticia presentada el 30 de mayo de 2021.

En el señalado caso, el padre de Victoria (nombre protegido) solo durante los primeros seis meses de vida de esta, ha podido compartirla y afianzar su relación afecto parental, y por más de cinco años, han sido contadas las ocasiones en las que ha podido compartir con su hija. El padre manifiesta al medio de comunicación por medio de la organización Coparentalidad Ecuador, que ha recibido tratos humillantes por intentar acercarse a su hija, y que, a pesar de haber llegado a un acuerdo formal con la madre, esta lo ha incumplido en varias ocasiones; y que los intentos para obligarla a que lo cumpla no han sido bien atendidos de parte de las autoridades, además de obligarlo a incurrir en ingentes gastos económicos. Ante lo cual en virtud de lo difícil del proceso decidió no pelear más por su hija. Sumando a esto la alienación parental que la madre había ejercido sobre su hija contra su padre. Este

último hecho agrava la situación ya que, dentro del trámite judicial, la menor manifestaba no querer ver a su papá, que era un desconocido para ella, en virtud de las negativas de su madre de permitir un acercamiento.

La delimitación del problema de este proyecto de investigación se define, de la siguiente manera: El prejuicio social, que marca a los padres como menos idóneos para el cuidado y atención de sus hijos, frente a una presunción, de igual manera prejuiciosa de que las madres por naturaleza son idóneas para esto. En cuanto al ejercicio de los derechos parentales, la reglamentación es de carácter desventajosa para los padres, volviendo de manera prohibitiva o cuando menos restrictiva, la materialización de estos derechos. Lo cual violenta el derecho a la igualdad material consagrado en la constitución, el principio de no discriminación de igual rango constitucional; siendo que además coarta parte del desarrollo pleno de los menores, y el interés superior del niño, en cuanto a la necesidad y el derecho a gozar de una adecuada convivencia familiar, en la cual pueda desarrollar, justas y sanas relaciones afecto-parentales, con todos los miembros de su familia.

La principal causa de este problema es la legislación de carácter restrictiva para el ejercicio de los derechos parentales, tales como la prelación a favor de la madre en asuntos de tenencia y confío de patria potestad, así como la falta de regulación para determinar los criterios que indiquen a su vez la pertinencia y gradualidad oportuna el régimen de regulación de visitas. A consecuencia de esto se produce una ruptura del núcleo familiar, se prolifera la alienación parental, y se va aumentando la cantidad de hogares disfuncionales, ocasionando en los niños, niñas y adolescentes, vacíos emocionales que no les permiten un desarrollo integral pleno, y en muchos casos, influye en su vida adulta de manera nociva, en las futuras relaciones parentales que llegasen a tener, en calidad de padres. Lo cual se traduce en un problema de índole macrosocial, al afectar a gran parte de la masa poblacional, y verse reflejadas estas situaciones en todos los sectores sociales y demográficos del país.

Las personas involucradas en este proceso investigativo, son principalmente los padres separados, a quienes se les vulnera sus derechos constitucionales, de igualdad material y garantía de no discriminación, víctimas de un proceso judicial desgastante; largo y oneroso, en el cual se resolverá sobre su derecho básico de ser padres; siendo

parte de un proceso legalmente desventajoso para ellos; por otra parte se debe tener en consideración que la relación y el ejercicio de derechos parentales, no solo es un derecho y beneficio del que gozan los padres, sino también los hijos quienes se ven privados de un desarrollo afectivo paterno, por las limitaciones en las que este se desarrolla.

JUSTIFICACION

En Ecuador, la legislación, mantiene aún un arraigado sentir de malevolencia contra el hombre; existiendo legislación en algunos casos desproporcionada, contra estos. Uno de estos casos es la legislación en materia de familia, en la cual existe una injustificada prelación, moral, psicológica, y sobre todo legal a favor de las madres. Un casi inexistente control de sus obligaciones parentales; y un sistema, lento, engorroso y dilatado a favor de los padres para que reclamen sus derechos o incluso la protección de los derechos de sus hijos. Además de ello, los criterios; no legales; sino más bien de praxis de los administradores de justicia y los cuerpos auxiliares de estos; mantienen doctrinas morales, en extremo discrecionales para el análisis de cada situación factual; como en cada caso de juzgamiento. Siendo esto atentatorio al derecho del padre, para poder reclamar y ejercer sus derechos parentales, en condiciones de igualdad, y en un sistema que viabilice este ejercicio de paternidad.

El presente trabajo académico, tiene como justificación; el hecho de evidenciar como todos estos yerros de la legislación transgrede derechos constitucionales y limitan el ejercicio pleno de estos, lo cual va en detrimento del fin último del estado constitucional de derechos y justicia el cual tiene como máxima, el garantizar, el respeto, la vigencia y el resarcimiento de todos los derechos constitucionales. Por lo tanto, el mismo guarda relación directa con el estado constitucional de derechos y justicia.

El ¿por qué? De esta investigación, se justifica en el hecho que la problemática social y judicial que existe en respecto a los temas concernientes a esta investigación, constituyen una violación de derechos constitucionales; por tanto, es necesario realizar el análisis respectivo de estas violaciones. ¿Para qué? Pues, a fin de proponer una

solución jurídica, sustentada en el desarrollo investigativo, que enmiende las fallas del sistema que atentan contra el estado constitucional de derechos y justicia. Al final de la investigación se pretende realizar propuestas lógicas y coherentes que cumplan con el cometido de obtener una solución diferente, que regule los derechos de patria potestad, tenencia y régimen de regulación de visitas de manera imparcial y en respeto a los derechos constitucionales de igualdad y principio de no discriminación. Para que los padres puedan ejercer sus derechos parentales a plenitud sin medidas restrictivas que coarten este derecho.

La motivación para realizar una investigación sobre este tema es el alcance a la justicia material de todos los ciudadanos sin distinción de ningún tipo de característica, como lo es en este caso el género. La ley y la justicia, debe ser un manto que cobije a todos los ciudadanos por igual, y los prejuicios en cualquier sentido son atentatorios al fin último de la justicia. Además, me motiva, el hacer una investigación sobre las violaciones de derechos de un grupo humano, al cual históricamente no ha existido colectivo que defienda o considere vive en un estado de desventaja frente a la ley, o contraparte en procesos judiciales, en materia de familia. La ley ha evolucionado para proteger a las mujeres, a los niños, a los ancianos, GLBTIQ+, a los grupos étnicos minoritarios, pero no ha existido proceso social que se dedique a la defensa de los derechos de los hombres, por las injusticias que existen en el ordenamiento jurídico.

La relevancia social de este trabajo se encuentra perpetrada en la familia, los derechos constitucionales violentados, perjudican el fortalecimiento de los lazos familiares. Por tanto, esta realidad, desestabiliza a la sociedad, el elemento más importante del estado. Mientras que la relevancia científica (jurídica) del mismo radica en, ser una herramienta de sustento jurídico, tanto para defender estos derechos, como para resolver las causas que se conozca sobre estos. Esto se lo consigue al momento de, mostrar una óptica distinta a la positivista clásica, formal y objetiva, que ha sido el modo de resolver sobre estos derechos.

La relevancia metodológica del presente proyecto de investigación se encuentra en las guías de observación, las cuales brindan, una perspectiva de mayor carácter axiológico y no una mera descripción formal de los elementos investigados, la investigación arrojará resultados que permitan sustentar un nuevo criterio jurídico para

analizar la problemática social que ocasiona y motiva esta investigación. El aporte teórico de esta investigación es, la doctrina citada y el respectivo análisis de esta, sobre los derechos constitucionales que sean parte del estudio. La evidencia que se obtenga de la recolección de datos, así como los resultados presentados de estos, y la interpretación que para el alcance de los objetivos brinde el autor. Las conclusiones obtenidas como resultado del estudio, y las recomendaciones del mismo.

PREGUNTAS DE LA INVESTIGACION

¿Se respeta el principio de igualdad en Ecuador, frente al ejercicio de los derechos parentales?

¿Gozan los padres del mismo goce de ejercicio de sus derechos parentales, con referencia a las madres?

¿La legislación ecuatoriana respeta los principios constitucionales de igualdad, en lo referente al ejercicio de los derechos parentales?

¿Se cumple con el principio de interés superior del niño, al privarlo del pleno goce de uno de sus progenitores?

HIPOTESIS

Los yerros legislativos en materia de ejercicio de derechos parentales discriminan al hombre en razón del género, por lo que vulneran el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Identificar los yerros en la legislación en materia de familia, en los que se perpetre una violación de derechos constitucionales, de igualdad y principio de no discriminación, por una disparidad en la forma en que se regula el ejercicio de los derechos parentales, en razón del género.

Objetivos Específicos

- Identificar las violaciones constitucionales de la legislación en materia de familia.
- Analizar las inconstitucionalidades encontradas; detallando en cada una de ellas cuales son los principios constitucionales y valores axiológicos del derecho constitucional que violenta cada artículo.
- Proponer modificaciones legales, en las cuales se respete los preceptos constitucionales del padre.

DESARROLLO:

Fundamentación teórico conceptual

Dentro de la fundamentación teórica conceptual, del presente trabajo investigativo, se ha optado por hacer un análisis documental, de trabajos precedentes, se ha recopilado información sobre la evolución histórica de las definiciones y conceptualizaciones que a través de los años se ha dado de las figuras jurídicas a analizar; y se ha recogido las definiciones legales de las mismas, así como también las jurisprudenciales, además de tener como base definiciones doctrinarias de las mismas. En virtud del tema concreto de este trabajo académico se procederá a definir con un concepto propio del autor los siguientes temas: definición de un derecho fundamental-constitucional; ejercicio de los derechos constitucionales, goce, materialidad, restricciones y prohibiciones de estos; interés superior del niño, definición, alcance, desarrollo; disparidad; a definición de esta, la configuración de la misma de manera material, los alcances y el perjuicio que para el ejercicio de los derechos constitucionales, que esta acarrea; igualdad, desde el punto de vista del derecho constitucional, su núcleo esencial y su materialidad; derechos parentales: definición, alcance, ejercicio, patria potestad, tenencia régimen de regulación de visitas; relaciones afecto-parentales, desarrollo e importancia; genero, desde la perspectiva del derecho constitucional, la protección de no discriminación en razón de este.

DERECHO FUNDAMENTAL O CONSTITUCIONAL: Antecedentes históricos.

– Definición. –

Un derecho constitucional es un derecho fundamental, positivizado, consagrado si se quiere decir; en un cuerpo constitucional, de un Estado. En efecto “son facultades que la Constitución, reconoce a los habitantes del país, para que puedan vivir con dignidad. Al estar así reconocidos, los habitantes pueden exigir al Estado y a otros individuos o grupos, su respeto” Frias & Marinero (2011, mayo, 20) Derechos y deberes de las personas. En Ecuador, ni la constitución ni la academia hacen una diferenciación de categoría entre los derechos constitucionales y fundamentales. Por lo tanto, para entender los derechos constitucionales es indispensable entender los derechos fundamentales, que para fines prácticos vienen a ser lo mismo.

Posterior a la caída del tercer Reich, el mundo jurídico dio un vuelco, en la forma de emitir ordenamiento jurídico, dejando un sistema en el cual una mayoría legislativa podía normar en base a intereses estatales, y con fines políticos o bélicos. Señala (Aguilar, 2010, p. 16-19) que, en este nuevo modo de enarbolar el ordenamiento jurídico, en el que se posiciona al individuo y la dignidad humana como el fin último del derecho, debiendo las normas alinear su contenido en respeto a estos elementos, permitiendo la máxima autorrealización del individuo y de la dignidad humana. Como se ha dejado establecido, en el mundo jurídico contemporáneo, los hombres no se someten a las leyes, sino que las normas deben respetar y viabilizar el desarrollo del individuo, su autorrealización y su dignidad. El individuo se encuentra protegido por una norma superior, que no permitirá que se legisle en detrimento de este; este sistema de derechos, que protegen de yerros legislativo, se denomina derechos fundamentales o constitucionales.

¿Por qué decimos que los derechos fundamentales son también derechos constitucionales? La ley fundamental de Bonn (constitución de Alemania de 1949) en su capítulo I señala, cuáles son sus derechos fundamentales (Grundrechte), en los dos primeros artículos del mencionado cuerpo constitucional, declara la protección a la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos; mientras que, en el tercero, declara la vinculación del estado para con los derechos fundamentales, que en artículos

posteriores consagra y desarrolla. Esta declaración del poder constituyente alemán de la época supone el primer símil conceptual entre derechos fundamentales y derechos constitucionales; en virtud de haberse positivizado en un cuerpo constitucional la declaración de estos y la vinculación que el estado tiene con los mismos. Así también la Constitución española del año 78, en su Art. 10 hace referencia explícita a los derechos fundamentales y la dignidad humana y siguiendo la misma línea alemana de décadas atrás, positiviza estos derechos fundamentales en artículos siguientes. Señala (Aldunate, 2008, p. 47-48) que, los derechos fundamentales son aquellos derechos que han sido positivizados a nivel constitucional y además señala, que no solo son una concesión positiva, aun cuando esta sea de carácter constitucional, sino que son un tipo de derecho que ostenta el hombre (individuo) por el simple hecho de ser tal. Partiendo de la postura de Aldunate, vemos que doctrinariamente los derechos fundamentales, son aquellos que son inherentes al ser humano y que se encuentran positivizados en la constitución, verbigracia la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española del 78.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES:

Materialidad, Goce, Desarrollo y Restricciones.

La Constitución del 2008 en su Art. 11 señala la forma en la que se ejercerán los derechos en Ecuador, y entre las directrices para eso detalla las siguientes:

1. El ejercicio, promoción y exigencia de los derechos puede ser de manera individual o colectiva; se garantiza su cumplimiento; igualdad de derechos y oportunidades; prohibición de discriminación por cualquier índole; sanción legal a toda forma de discriminación; adopción de acciones afirmativas que promuevan la igualdad; aplicación directa e inmediata; los derechos son justiciables; inviolabilidad; interpretación favorable a la vigencia efectiva; los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; desarrollo progresivo; declaratoria de inconstitucionalidad cualquier acción u omisión de carácter regresivo para el ejercicio de los derechos; el respeto a los derechos es el más alto deber del estado. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, p. 11)

Como se puede ver, en el Ecuador, al adoptar el nuevo modelo de Estado constitucional, dentro del cual se busca materializar los derechos fundamentales; ha realizado un exhaustivo trabajo para detallar como se deben ejercer los derechos fundamentales. Ahora corresponde analizar si estos principios constitucionales ecuatorianos, son acordes a la consumación del ejercicio de estos, y se materializa dicho ejercicio y vigencia. Para esto primero debemos hacer un acercamiento, hacia los criterios de aplicación. Desde un punto de vista legalista, la aplicación de un derecho objetivo consagrado en una norma sustantiva; necesita de una norma adjetiva que consagre el derecho subjetivo de reclamar ese derecho objetivo. (Simón, 2017, p. 110). En este sentido únicamente se subsume si una situación o acto se encuentra dentro de la figura jurídica plasmada en la norma sustantiva, y se viabiliza su cumplimiento de manera procedimental a lo consagrado en la norma adjetiva.

Por otra parte, desde el punto de vista constitucional para la aplicación o ejercicio de un derecho fundamental, no se debe aplicar estrictamente la reglamentación adjetiva; sino que, desde el punto de vista constitucional, debe emplearse los principios de aplicación. Estos principios de aplicación no consisten en un cuerpo adjetivo fundamentalista o un manual de aplicación constitucional; sino más bien obedecen a criterios para un ejercicio pleno de los derechos, que pueden ser disposiciones adjetivas, como también conceptos sustantivos que viabilicen el cumplimiento de los derechos de manera plena y eficaz. (Polo, 2018, p. 227). Es decir, un derecho se materializa cuando se cumple y satisface al ciudadano que lo ostenta, sin perjuicio de incumplir normativa legal, siempre que esta se encuentra en contradicción a su materialidad.

De lo anteriormente expuesto se colige lo siguiente: la aplicación de los derechos fundamentales no consiste en el cumplimiento de una disposición de carácter ejecutivo, que permita realizar un acto en apego a una norma; sino que consiste en el respeto de la ley a los principios y derechos constitucionales, que viabilicen que cualquier acto público permita la materialidad del derecho fundamental consagrado en la constitución. Mal puede aplicarse una norma de carácter infra constitucional, que restrinja el ejercicio de un derecho constitucional, mientras que por precepto constitucional debe emitirse resoluciones judiciales que, aunque sean contrarias o se

encuentren fuera de una norma legal (infra constitucional) respeten y permitan la materialidad de derechos constitucionales.

En cuanto al goce de un derecho fundamental, debemos empezar delimitando que significa goce. Desde un punto de vista superficial gozar significa disfrutar o beneficiarse. Al hablar de disfrutar o beneficiarse de algo, se entiende que somos favorecidos con las cualidades, características y beneficios que ofrece una cosa determinada. Y en el ámbito jurídico gozar de cualquier tipo de cosa jurídica, sea esta, un contrato, una calidad, una competencia, o específicamente un derecho constitucional, nos vuelve los favorecidos al deleite de todas las características, alcances, beneficios y demás particularidades que en calidad de titulares de ese derecho podemos demandar al estado o a nuestros pares civiles.

Como antecedente histórico a la importancia del goce de los derechos tenemos la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en adelante DFDHC, la cual señala que el ejercicio de los derechos no tendrá más límites que aquellos que permitan y viabilizan el goce de estos mismos derechos al resto de la sociedad. (Tortora, 2010, p. 174). Más adelante, posterior al escalabro jurídico y social que significó la segunda guerra mundial, en aras de reconstruir la institucionalidad alemana, se promulgó la Ley Fundamental de Bonn, en adelante LFB, la cual hace referencia al goce de los derechos, que consagra como fundamentales, como lo son los derechos civiles y políticos (Bonn, 1949), y justamente menciona el goce de estos, dentro de una prohibición de discriminación.

Como se puede notar, ya se reconoce en la DFDHC el goce de los derechos fundamentales (que esta llama, naturales) como parte fundamental de un estado de derecho. Si bien en este documento histórico de más de dos siglos, no señala directamente al goce de los derechos, más que como referencia a los limitantes de los derechos del hombre y el ciudadano, teniendo en cuenta el escaso desarrollo jurídico constitucional o fundamental propio de la época, más casi un siglo y medio después, en Alemania la LFB de dicho país vuelve a recoger la concepción de goce, para la promulgación de los derechos que consagra esta vez sí con el carácter de fundamentales.

En Ecuador se recoge este concepto del goce de los derechos, en el año 1998, la Constitución Política de la República del Ecuador, en adelante CPRE, señaló en su Art. 17 que el Estado garantizará el ejercicio y goce de los derechos humanos. (Ecuador, 1998). Este es el antecedente más inmediato a nuestro actual régimen constitucional, dentro del cual, partiendo de esta misma premisa, la actual constitución de Ecuador, en su Art. 3 manifiesta que son deberes primordiales del Estado garantizar, sin restricción alguna, el efectivo goce de los derechos, no solo humanos, sino de todos aquellos consagrados en la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, p.9). Como se puede ver existe una evolución de la importancia del goce de los derechos, bastante interesante, en el actual sistema constitucional ya se habla de un goce efectivo, no solo de un goce, y a más de los derechos humanos, menciona a los derechos plasmados en la Constitución, es decir el alcance de la garantía del goce de los derechos se amplía a un campo de aplicación más grande.

Es interesante el término “efectivo” que el constituyente plasma junto al término “gocé”. Con esto, el constituyente, consagra que la calidad de “efectivo” es una condición a alcanzar del “gocé” de los derechos. Es decir, no basta con ostentar y ejercer un derecho, sino que es necesario que se gocé del mismo de manera total e íntegra. Corresponde analizar la repercusión de la inclusión de este término en la actual Constitución. Para ello debemos partir de la evolución del respeto y garantía de los estados para con los derechos. La obligación estatal para con los derechos; primero humanos, posteriormente fundamentales y constitucionales, pasó de ser una “abstención en negativa” es decir, no violentarlos, a una “acción positiva” es decir desarrollo de normas y políticas, así como de prestaciones públicas que los viabilicen. (Arango, 2016, p. 110-111). Un concepto emitido por la Corte Constitucional Colombiana, en adelante CCC, señala que el goce efectivo de los derechos constituye un criterio de evaluación del cumplimiento de esos derechos, así como del nivel de satisfacción por dicho cumplimiento del titular de este. (T-993633, 2005)

Para (Arango, 2012, p. 39) el goce efectivo de derechos abarca 5 elementos: Conjunto de derechos constitucionales del que es titular la persona; enfoque diferencial en el reconocimiento de sus derechos; nivel mínimo de satisfacción, aplicado a cada momento y circunstancia; indicadores de los resultados de satisfacción; y, participación activa en las políticas públicas. De lo anteriormente

manifestado se concluye lo siguiente: la consagración de un derecho, por si sola, no constituye la garantía de la materialidad del mismo, para esto es necesario, que se pueda perpetrar el goce del mismo, goce efectivo, según la CRE. Para esto el Estado debe, no solo no restringir los derechos sino viabilizar estos, la forma para ello es la emisión de políticas públicas, normativa legal, que tienda al cumplimiento de los derechos constitucionales de manera progresiva, pero sobre todo palpable y real.

En cuanto al desarrollo de un derecho constitucional, la CRE señala que “los derechos se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas y jurisprudencia...” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) es decir el contenido y alcance de los derechos no puede ser estático en el tiempo, este debe desarrollarse de la forma más expansiva posible en beneficio y provecho de la ciudadanía. ¿Por qué es necesario el desarrollo normativo del derecho? Si bien es cierto la misma CRE señala que para la aplicación de un derecho no será necesario la promulgación de ninguna ley, también es una obligación del estado, emitir leyes que lo desarrollen. “Este desarrollo normativo es el brazo ejecutor de la constitución, su redacción siempre debe ser de carácter expansivo o progresivo, jamás podrá ser de carácter restrictivo. La regulación no debe tener condiciones para la aplicación” (Andalúz, 2012, p. 322-326), más que el límite del respeto a otros derechos de terceros, ya que esto volvería una prohibición del ejercicio del derecho.

Como ya se ha dejado en claro, un derecho constitucional no puede ser restringido o limitado desproporcionalmente, por una normativa infra constitucional, como lo son las normas legales, sean estas de carácter sustantivo o adjetivo. Cabe preguntarnos ¿De qué forma puede una norma legal restringir un derecho constitucional? El ordenamiento jurídico siempre está limitando el ejercicio de un derecho, pero esa limitación tiene justificación constitucional. Verbigracia el derecho del progenitor a su patrimonio. Se obliga a una pensión alimenticia a su alimentado. Esta constituye una limitación legal y legítima. Igual que el derecho a las ganancias se limita con el pago de tributos, y así puede señalarse muchos ejemplos. Dejando esto en claro es preciso señalar que es plenamente constitucional establecer los límites o delimitaciones de un derecho. Siendo así que en la misma DFDHC se estableció ya límites a los derechos naturales, señalando en su Art. 4:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley. (Tortora, 2010. p.174)

Entonces según esta premisa es perfectamente válida una limitante de un derecho, siempre que sea en respeto del derecho de un tercero. Esto no significa de ningún modo que pueda avalarse legalmente la restricción de un derecho, fuera de las condiciones permitidas para el efecto. Ahora el hecho de que no puedan ser restringidos no quiere decir que no puedan ser regulados y delimitados, tal como señala (Cea, 2002) los derechos no son de alcance absoluto, pues de serlo se convertirían en prerrogativas propias de un déspota y rayarían en el abuso. Entonces es necesario que estos se encuentren delimitados, lo cual de ninguna manera puede suponer un menoscabo a las facultades que estos derechos otorgan al ciudadano. La limitación proporcionada es necesaria para la convergencia y armonía de los derechos de todos los ciudadanos mientras que la restricción desproporcionada se encuentra constitucionalmente prohibida, salvo las mismas disposiciones constitucionales previstas para el efecto.

La CRE en su Art. 11, numeral 8, inciso segundo señala que será nulo toda acción u omisión que menoscabe el ejercicio de un derecho. Como ya se ha dejado en claro, el ejercicio de un derecho consiste en el cumplimiento del mismo permitiendo el goce efectivo de este de manera material y real de parte de su titular. Se debe dejar en claro cuáles son las leyes que adolecen de esta inconstitucionalidad. Las normas prohibitivas son aquellas que impiden la posibilidad de hacer algo (Villalba, 2010, p. 51). Estas normas son importantes para prohibiciones de actos atentatorios contra el mismo ordenamiento por lo que son válidas. Mientras que una norma que por su aplicación impiden el ejercicio de un derecho, estas son de carácter prohibitivo, pero en este caso adolecen de inconstitucionalidad por ser regresivas en derecho. Por lo tanto, debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

DERECHO O PRINCIPIO DE IGUALDAD: Antecedentes Históricos, Definición, Materialidad.

Para quienes hemos estudiado derecho y seguimos las ciencias políticas, uno de los puntos de quiebre en la constitución el estado moderno, fue la revolución francesa, liderada por ilustrados hombres, bajo el seguimiento de una consigna de justicia, que se desarrollaba en tres pilares fundamentales, IGUALDAD, LIBERTAD Y FRATERNIDAD. Estos principios han sido los pilares del estado de derecho, y de la vida en sociedad, al menos en el mundo occidental, por más de dos siglos. Dicho principio consagrado, luego del triunfo de la revolución francesa, ha inspirado a las naciones, siendo inspiración también en el continente americano, perpetuándose en la declaración de independencia de las colonias americanas del imperio británico, documento en el cual los padres fundadores de los EE.UU. señalan “sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales...” históricamente la igualdad entre los ciudadanos, ha sido la piedra angular de las relaciones sociales y jurídicas en un estado de derecho.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en su Art. 1 señala que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común” (Asamblea Constituyente de Francia, 1789, p.2) esto constituye un antecedente moderno sobre la igualdad, ya en un estado de derecho. Un aporte jurídico, más actual y de mayor valía internacional al respecto de la igualdad lo consagra el Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el cual señala “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados con conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (ONU, 1948, p. 2) este es el antecedente de mayor relevancia internacional en el cual la igualdad pasa a ser un principio fundamental de la gran mayoría de sistemas jurídicos. Y esta declaración a su vez ha influido en los lineamientos jurídicos de la mayoría de los estados. Los cuales dentro de sus marcos constitucionales respectivos han incluido a la igualdad como un derecho fundamental, y emiten, o deben emitir su legislación en respeto a este.

La CRE señala en su Art. 11, específicamente en el numeral 2 de este, que todos los ciudadanos son iguales, y que gozarán de iguales derechos, oportunidades y obligaciones (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) lo cual debe ser concordante con el principio de igualdad ante la ley, pero principalmente con el concepto de igualdad material. Ortega (2013, p. 71) señala “dentro de un estado constitucional, el

ordenamiento jurídico debe ser constitucionalizado, y las normas legales deben ser irradiadas por la Constitución” es decir toda norma del ordenamiento jurídico debe contener dentro de sí todos y cada uno de los valores axiológicos, pertinentes para cada caso, que se consagran en la Constitución. Toda norma que no cumpla con esto, o peor aún se contraponga a esto, adolece de inconstitucionalidad, por cuanto debería ser excluida del ordenamiento jurídico.

Siguiendo esta línea de pensamiento, y haciendo un análisis de los dos preceptos extraídos, el uno un mandato constitucional y el otro un fuerte criterio doctrinado aceptado por la gran mayoría de la comunidad científico-jurídica internacional, se colige que toda norma legal de cualquier índole, debe contener dentro de sí, de sus alcances, materialidad, ejercicio y todas las atribuciones que con su vigencia brinda al estado y los ciudadanos en general, un irrestricto respeto al principio de igualdad, viabilizando con esto un ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Y evitando algún tipo de perjuicio para cualquier ciudadano, o en el caso de que sea invocada por el administrador de justicia, o una parte litigante en un proceso judicial, a la contra parte procesal. Para entender la importancia del cumplimiento de este mandato constitucional, es necesario abordar, en que consiste, el derecho a la igualdad.

“La igualdad es un valor de alcance general en los sistemas políticos modernos, indispensable para cimentar el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos” (Montoya, 2007, p. 22) Mediante el cual se reconoce un equitativo respeto a la dignidad de cada individuo, señala además que tiene tres dimensiones, el de valor, principio y derecho. Como valor la igualdad es abordada desde un punto de vista subjetivo, un concepto, algo que debe ser brindado a cada ciudadano que lo provea de un trato igual para todos; a la aplicación de este concepto a todos los ciudadanos se conoce como principio de igualdad, mientras que, a la garantía de esta protección, y de este trato igualitario se conoce como derecho a la igualdad.

Ahora a más, de lo señalado con antelación, dentro del derecho a la igualdad, se subdividen dos dimensiones funcionales:

La igualdad ante la ley, y la igualdad real o material; la primera consiste en una limitante al legislador a dar un trato distinto a los ciudadanos, en

determinadas pretensiones legales. Mientras que la segunda constituye un mecanismo para el cual todas las personas tengan acceso a esta igualdad, indistintamente de su situación real. (Perez, 1987, p. 133)

Ante esto el Tribunal Constitucional Español en la sentencia (SST/227/1998) ha señalado “no todo acto distinto constituye discriminación esto se traduce en un trato distinto, pero justificado para favorecer a un grupo de personas que, en razón de su situación, sea física, intelectual, segregación, económica, no se encuentren en igualdad de capacidades para ejercer sus derechos.” Es decir que el legislador, puede emitir normas legales que no brinden un trato igual a cada ciudadano, siempre y cuando esta desigualdad legal, se fundamente en la homologación de situaciones reales, entre todos los ciudadanos, a fin de garantizar así que todos puedan ejercer plenamente sus derechos.

La igualdad como valor jurídico, tiene dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. Dentro de la igualdad objetiva, principalmente se desprenden dos aspectos: “la igualdad ante la ley, y la igualdad para aplicar la ley” (Nogueira, 2006, p.63). La primera de ellas deviene de la obligación del legislador de emitir normativa en la cual todo ciudadano pueda alcanzar las mismas circunstancias reales y jurídicas para ejercer sus derechos, esta parte de una regla general, en la que todos los ciudadanos son iguales; con ciertas excepciones justificadas, que más que excepciones, pueden ser consideradas como modulaciones, para cumplir con la premisa de la igualdad material. Como lo es legislar de manera diferenciada, para proteger a grupos que se encuentren en desventaja.

Por otra parte, la igualdad para aplicar la ley refiere de la obligación del funcionario público, sea administrativo, y más que todo judicial de tramitar y resolver, tendiendo al cumplimiento de la premisa básica de la igualdad. Es decir, siempre deberá aplicar la ley de manera indistinta a todos los ciudadanos, salvo los casos en los que, en defensa del derecho a la igualdad, deba aplicarse una norma especial, que garantice la igualdad material de los ciudadanos. Esto en Ecuador, se evidencia en materia laboral, en asuntos en los que interviene una persona con discapacidad, mujeres embarazadas, niños y niñas, entre otros casos.

Dentro de la dimensión subjetiva de la igualdad, tenemos que esta versa, sobre el reconocimiento individual del derecho a la igualdad, mediante y gracias a este reconocimiento, los ciudadanos se vuelven acreedores a una serie de garantías, que el estado les brinda, para la vigencia y el ejercicio del derecho a la igualdad, en todos los aspectos de su vida, sobre todo en sus relaciones jurídicas, para con terceros, y para con el estado, en el cual siempre el ciudadano tendrá la calidad de obligado. Empero, por este principio de igualdad, sus obligaciones para con el estado jamás podrán ser distintas a las que sus pares también mantiene con el estado. Así mismo en materia de derechos fundamentales, es mucho más estricto el deber que mantiene el estado de brindar estas garantías básicas para que se respete el derecho a la igualdad. (Montoya, 2007, p. 1)

Entonces, que es lo que se entiende como materialidad de la igualdad. Si hablamos de materialidad, en derecho, se entiende como la realización palpable de las figuras jurídicas, la ejecución efectiva y actual de algo. (Universojus) entonces, sabiendo cual es el real contenido de la igualdad, abordando sus dimensiones, y conociendo en que consiste la materialidad, y el ejercicio de un derecho. Se colige que la materialidad del derecho a la igualdad se evidencia cuando en el ejercicio de los derechos todos los ciudadanos, obtienen los mismos resultados, y son acreedores a los mismos beneficios, o beneficios diferenciados que, por sus condiciones reales, sean óptimos para sus intereses.

En definitiva, la igualdad, sea vista como un valor, principio o derecho, es un mandato constitucional, consagrado en Ecuador con el carácter de derecho fundamental, su vigencia y respeto es obligación del estado, su ejercicio es una potestad inalienable que tiene todo ciudadano, la cual el estado se encuentra obligado a hacer todo cuanto esté a su alcance para que pueda materializarse. En un estado constitucional, el ordenamiento jurídico debe ser irradiado por los mandatos constitucionales. La igualdad constituye históricamente la piedra angular de las relaciones sociales y jurídicas dentro de un estado de derecho.

DISCRIMINACIÓN: Antecedentes Históricos, Definición, Discriminación en razón de género.

Como ya se ha indicado con antelación, los derechos fundamentales y constitucionales son de igual aplicación para todos los ciudadanos. El ejercicio de estos es equitativamente viabilizado por la Constitución, para todos los ciudadanos en virtud de la realidad de cada uno de estos, de la forma que todos los ciudadanos desde cualquiera que fuera su condición tengan acceso a estos mentados derechos, y pueda materializarlos y gozar de ellos. Esto en mandato constitucional, se encuentra establecido en Ecuador, y es acorde al estado constitucional de derechos y justicia que es como se define el país. Ahora, es imposible no tener en consideración que las realidades materiales de cada ciudadano son distintas, por lo que el ejercicio de los derechos no siempre es pleno para todos los ciudadanos. Situación ocasionada por un sinnúmero de particularidades. Siendo necesario para efectos del presente trabajo académico abordar el asunto de la discriminación.

Desde tiempos muy remotos en los primeros e incipientes modelos de sociedad ha existido un trato diferenciado y menoscabado para grupos determinados, en razón de condiciones biológicas y físicas (Oommen, 1994, p. 139). A medida que avanzó la vida en sociedad estos criterios de segregación evolucionaron a la par con las sociedades, tomando distintos aspectos para esto, como la religión, sexo, etnia, nacionalidad, orientación sexual, color de piel, entre otras. A este trato menoscabado y focalizado con determinados grupos, en muchos casos minorías, y con poca representación, se ha llamado discriminación.

Uno de los principales motivos por el cual los ciudadanos sufren discriminación, es el racial o étnico, muy seguido por el de nacionalidad. Una muestra de ello es el trato dado por las coronas europeas, en las colonias, americanas, australianas y africanas, (Hopenhayn & Bello, 2001, p. 68) en las cuales ejercían sus dominios, y estos estados monárquicos absolutistas oprimían a los ciudadanos aborígenes de las colonias con tratos discriminatorios, sin los mismos derechos para los otros súbditos del mismo reino. (Edward, 1993, p. 7) manifiesta que “estos tratos originaron los movimientos independentistas, inspirados en la misma ilustración de la revolución francesa, peleando por conseguir entre otras cosas el derecho a la igualdad.”

Desde el punto de vista político a nivel de estado, existieron dos políticas de segregación que han marcado el mundo contemporáneo, inspiradas en el racismo científico, ambos casos ocasionaron una debacle jurídica, que en su época fue legal, más hoy en día carecería de cualquier fundamentación válida para estar vigente, nos referimos a la política de segregación racial en África, apartheid y a la segregación étnico-secular implementada por el gobierno del tercer Reich, en la Alemania nazi, dirigida por Adolfo Hitler. Mediante las cuales se perpetraron grandes abusos a grupos raciales considerados de menor valía, para los regímenes gobernantes.

En la segunda mitad del siglo XX, el mundo y la humanidad ha evidenciado el sufrimiento contra discriminación de otros grupos, no es que haya desaparecido el racismo, penosamente aún en el siglo XXI, se mantiene vigente en grupos aislados. Pero ha quedado expuesto la discriminación en razón sexo-genero. Violentando y menoscabando los derechos de la mujer. Esta discriminación tiene el mismo matiz que la anterior, en la cual se considera como humanos de menor valía a los grupos étnicos no blancos, a las religiones no cristianas, en este caso, la mujer por su condición de tal ha enfrentado un trato diferenciado peyorativo con respecto del hombre, además de sufrir abuso y violencia, sin contar con las pertinentes políticas públicas que la amparen. Lo que originó el surgimiento de la lucha de género, que ha tenido sus grandes logros como la convención Belem do para.

La discriminación generalmente es vista como un acto negativo, mediante el cual se menoscaba a un individuo debido a alguna característica. La discriminación es “una manifestación del estigma. Es cualquier forma de distinción arbitraria, exclusión o restricción, ya sea por acto u omisión, con base en un atributo estigmatizado.” (López, 2013, p. 123). Desde una perspectiva social se concibe a la discriminación como “un trato de inferioridad y una diferenciación por motivos como la raza o la religión” (Rodríguez, 2004, p.3) y en la actualidad esa diferenciación o trato discriminado puede extenderse debido a condición económica, social, preferencia sexual o padecimiento de enfermedades. Conforme lo aprobado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en adelante CISFDR discriminación comprende todo acto que “tenga por objeto o por

resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales...” (ONU, 1965, p. 2).

En la Carta de la Organización de Estados Americanos, en adelante OEA, se señala en el Artículo 3... “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.” (OEA, 1948) Aquí hay un importante señalamiento, muy útil para los fines del presente trabajo académico. En esta declaración se señala que la no distinción de la persona humana es entre otras en razón del sexo. No hay un señalamiento en cuanto a la condición de mujer, sino de sexo. Con lo cual se colige, que el hombre también puede ser discriminado, por su condición de hombre. Y esto no siempre supone una diferenciación positiva en razón de alcanzar una equidad de condiciones reales, como se explica en secciones posteriores.

De igual manera el mismo documento en el Artículo 45 señala la convicción de que “el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo..., sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social..., en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades...” de lo anteriormente señalado se evidencia que un acto discriminatorio irrumpe el derecho del ciudadano a su pleno desarrollo personal, y más aún si esta discriminación viene de parte del marco legal de uno de los estados miembros de la OEA, lo cual es un incumplimiento del convenio en materia de derechos humanos suscrito por todos los estados miembros, incluido Ecuador.

En Ecuador, al respecto de la discriminación, este se prohíbe, por mandato constitucional, en el segundo inciso del numeral 2, del Art. 11 de la CRE, el cual señala:

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.

(Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pp. 11-12)

La discriminación constituye un acto o un sistema en el cual las personas no tienen igualdad de condiciones para el ejercicio de sus derechos, en razón de cualquier característica o condición que mantenga determinada persona, siendo que esto repercute en su realización personal y en el alcance de sus fines como ser humano, o menoscabe su dignidad humana. Cuando esta discriminación deviene de un sistema estatal, sea por políticas públicas o por su marco legal, esto constituye una violación al estado constitucional de derechos y justicia, y por ende al fin último de los deberes del estado, el cual es proteger y garantizar los derechos constitucionales.

Como se ha visto con antelación, el ser humano, ha focalizado su sentir discriminatorio contra varios grupos a lo largo de la historia y por diversos criterios. Diferencias biológicas físicas, étnicas, culturales, religiosas, pero uno de los principales problemas en la actualidad, es la discriminación en razón del género. La cual ha evolucionado de manera tan dinámica y cambiante sobre todo en el siglo que decurre, que sus contenidos y luchas se han tergiversado, y en muchos casos, en la actualidad no son congruentes, para la vida en sociedad, dentro de un régimen completamente equitativo y justo, en el que todas las personas puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales, alcanzar su realización personal y conseguir su dignidad humana.

Es necesario dejar en claro que el tipo de discriminación que se abordará en el presente trabajo académico es en razón de género, no de ideología de género, lo cual es pertinente de otra investigación, en razón del género, tomaremos para fines específicos de la investigación el género masculino (hombre) y el género femenino (mujer). No tendremos en cuenta ningún tipo de orientación o preferencia sexual o

grupos de apercibimiento no binarios, más que como referencia de sujeto de derecho, en el caso de ser necesario, para explicar la premisa de esta investigación.

Dejando esto en claro empezaremos detallando los principales aspectos de la discriminación en razón de género. Se debe aclarar, previo a esto, que el presente trabajo, no versa sobre la lucha contra la discriminación de la mujer, ni sobre la violencia contra la mujer, sino más bien sobre la discriminación en razón del género, sea cualquiera de los dos a los señalados con antelación. Siendo así debemos señalar que la “discriminación por sexo consiste en tratar a una persona de manera no favorable por el sexo de esa persona. Refiere también a un trato menos favorable dentro de un determinado grupo, por asuntos asociados a su sexo” N/A (2021, Julio, 06)

La discriminación en razón de género puede atacar tanto a hombres como a mujeres, en distintos aspectos del acontecer social y jurídico, en el siglo XXI, atrás han quedado los años 60, 70 y 80 en los cuales ciertamente ha existido un detrimento de los derechos de la mujer, y un menoscabo a su integridad y dignidad humana. Las luchas por la igualdad de los derechos de la mujer han dado grandes, aunque no definitivos, resultados. Jurídicamente hablando han alcanzado un reconocimiento, de iguales en todas las declaraciones de derechos humanos suscritas, y ratificadas por la gran mayoría de países miembros de la comunidad internacional, estos tratados han influido en los marcos jurídicos internos de esos países en los cuales también se ha reconocido la igualdad entre hombres y mujeres. Siendo que todos los países miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, reconocen esta igualdad. (Facio, 2021, p. 43)

La discriminación en general es motivada principalmente por dos factores, los prejuicios y los estereotipos. En los años de la república romana, las tribus germanas eran consideradas bárbaras, lo cual les desmerecía contra los ciudadanos de la ciudad eterna. En la época posterior a la independencia de las trece colonias americanas, y anterior a la guerra de secesión, los negros, eran considerados de menor valía intelectual que los blancos, lo cual devino en la trata de negros y la esclavitud (McQueen, 2013) bajo la premisa de que los negros eran paganos, adoradores de satanáas, que su arte mantenía mensajes ocultistas, entre otras consideraciones de valía

y credibilidad para los ciudadanos de la época. En ambos casos, y más claramente en el último señalado, el estereotipo con el que se identificó a un grupo humano específico devino en la violación de los derechos de este.

Con estos antecedentes, se deja claro, como los estereotipos y los prejuicios, crean un ambiente social de hostilidad y desventaja para quienes son discriminados, y más aún los nefastos resultados de cuando esta discriminación es institucionalizada, por la legalización de la misma de parte de un estado. Alejándonos un poco de asuntos seculares y etnológicos, uno de los problemas de la actualidad es la discriminación en razón de género. Señalando que se el presente documento se refiere únicamente a los géneros binarios: masculino y femenino. En párrafos anteriores se abordó el tema de la discriminación en razón de género para con la mujer y la lucha por el respeto e igualdad a los derechos de esta. Ahora es necesario abordar como incide la discriminación de género, por estereotipos y prejuicios, contra el género masculino (hombre).

La discriminación y su ataque a ambos géneros, que si bien en el caso de la mujer esta sufre una discriminación mayormente en el ámbito económico, político, laboral, el hombre sufre de discriminación en el ámbito de la familia, a quien se le ha relegado un rol de proveedor, y se le ha otorgado importancia en el trabajo y no tanto así en casa, limitando principalmente sus capacidades de ejercer sus roles paternos, señala (Chavez, 2011, p. 54) como se evidencia de lo señalado, en todas las esferas existen discriminación en razón de género, esta no es únicamente un atentado contra los derechos de la mujer, sino que también afecta a los hombres, en otras esferas distintas pero igual o inclusive, dependiendo la óptica con la que se analice, de mayor importancia que en las que afecta a la mujer.

En este sentido podemos ver que los roles que la sociedad ha brindado a estos géneros se encuentran enmarcados dentro de una definición prejuiciosa y estereotipada, dando a la madre, en razón de su género femenino, una calidad de cuidadora, protectora, educadora, y de más y mejores cualidades afectivas para la crianza de los hijos. Esto únicamente en virtud del rol que históricamente se le ha otorgado. Sin ningún tipo de validación científica, psicológica, sociológica, entre otras. Mientras que, al padre, en razón de su género masculino, se ha conferido un rol

de proveedor, benefactor, alimentante. Con responsabilidades de abasto a la familia, con menores incidencias en la crianza emocional de los hijos.

Esto se agudiza en virtud de lo contemplado en la legislación ecuatoriana, la cual, en el caso de los derechos parentales, hace una prelación para estos, en el caso de la tenencia y patria potestad. Beneficiando a uno de los progenitores, en este caso la madre. Sin ningún tipo de valoración científica necesaria para la determinación de su idoneidad y concomitante preferencia. Tal situación vulnera el principio constitucional de igualdad, y genera una imposibilidad de la aplicación de este, al momento de decidir cómo deben ejercerse y compartirse los derechos parentales de parte de ambos progenitores. Siempre en desventaja para el rol masculino, el padre.

Derechos parentales:

Los derechos parentales, han tenido una evolución en su acepción pasó de ser un listado de condiciones objetivas, en la que se detallaban las condiciones de las relaciones entre familiares, a una acepción de construcción social, en el cual la familia es un pilar comunitario, con condiciones de relaciones que permitan un mayor y mejor estado de armonía, y fortalecimiento de relaciones afectivas. Tal como indica (Corral, 2005, p. 429-438) “los derechos parentales son derechos que se ejercen desde la perspectiva de la corresponsabilidad” Mientras que Cáceres (2018) manifestó:

“La corresponsabilidad parental significa para la ley que ambos padres sean responsables de la crianza y cuidado de sus hijos; tanto el padre como la madre tienen la misma igualdad de responsabilidad en cuanto al desarrollo, educación, bienestar o salud de sus hijos donde prime el respeto a las garantías de sus derechos fundamentales.” p. 10

Si bien los derechos parentales, constituyen una relación de responsabilidad (obligación) de los padres, como contrapartida constituye un derecho de los hijos. De recibir atención, cuidado, protección y, sobre todo: amor felicidad y bienestar (Bruñol, 2021, p. 39). entonces entiéndase que los derechos parentales constituyen una dualidad de la relación entre padres e hijos. Lo mencionado no constituye una norma inamovible en la cual los padres solo tengan obligaciones con los hijos y los hijos solo

derecho a recibir de los padres. En el ejercicio de este fortalecimiento de amor, felicidad y bienestar. Los padres también ostentan derechos con respecto a los hijos.

Entre los principales derechos que mantienen los padres con los hijos, se encuentra la libertad de crianza, de decisión sobre el tipo de educación y formación a recibir, la libertad de credo a inculcar, entre otros. Los derechos parentales, se ejercen de mejor manera, cuando existe una relación directa con los hijos, y sobre todo en lo que refiere a la igualdad, cuando existe una familia, consolidada. En estos casos, el aporte de la legislación es mínima en cuanto al ejercicio de estos derechos, siendo que el mayor esfuerzo legislativo para estos casos se enfoca en la protección integral y seguridad de los miembros de la familia. Mientras que, para los otros tipos de familia, la situación es distinta. Desde lo social, y con incidencias negativas en lo legislativo. La problemática sobre el cual versa esta investigación se presenta mayormente, en los casos de otros tipos de familias.

La Constitución señala en su Art. 67 señala “Se reconoce la familia en sus diversos tipos” garantizando así que en cualquiera que fuera el caso todas las familias y por ende todos los miembros que la conforman cogen de los mismos derechos. Por antecedente histórico, la sociedad, los estados y la legislación reconoció principalmente a la familia nuclear, como la definición formal de familia. Mientras que, gracias al avance progresista del sistema constitucional ecuatoriano, tenemos que, a más de la familia consolidada o nuclear, existen distintos tipos de familia, los cuales se señalan a continuación:

Familia nuclear, padres e hijos (si los hay); también se conoce como «círculo familiar»;

Familia extensa, además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos o afines;

Familia monoparental, en la que el hijo o hijos vive(n) sólo con uno de los padres;

Otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que

ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en el mismo espacio por un tiempo considerable. (Alianza Evangelica Latina, 2021)

Según la norma constitucional, las familiares nucleares y las monoparentales, deberían tener los mismos derechos y garantías, más en la praxis no sucede así. En el caso de las familias monoparentales, existe un detrimento de los derechos parentales, por violación al principio de igualdad, esta violación se manifiesta en contra del padre. En virtud de la discriminación que sufre de parte del estado, que, por norma legal, manifiesta preferencia en favor de la madre de los hijos. Discriminando así al padre, por el rol asignado a su género masculino. ¿Como el estado discrimina legalmente al hombre, por su género masculino? Bien pues en la forma en que regula, figuras como la tenencia, patria potestad y el régimen de regulación de visitas.

Patria Potestad:

Perez (2010) señaló “la patria potestad consiste en una regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre los hijos, teniendo como finalidad la protección y el desarrollo integral de estos” (p.151). Así como de sus intereses, entendiendo estos intereses como el desarrollo completo sano y eficiente de su formación espiritual, física, psicológica, emocional y afectiva, mediante el ejemplo y la formación de los padres, quienes dirigen su educación. (Pérez, 2010, p. 69). Esta figura jurídica es el conjunto de derechos y obligaciones que los progenitores ostentan y ejercen sobre y a favor de los hijos menores de edad.

De la figura de patria potestad devienen ciertas situaciones jurídicas propias sobre los hijos, como lo son el apellido y por ende la filiación, la Guarda o responsabilidad de crianza, honra y respeto de los hijos a sus padres, visitas, obligación de prestación de alimentos y manutención, todos estos derechos y obligaciones que tienen los padres para con los hijos y que conforman esta figura del derecho de familia. Mientras que las características de esta figura son: aplicable a hijos menores de edad, obligatoriedad, personal e intransmisible, y, controlada. Como se puede ver, el ejercicio de la patria potestad se encuentra estrechamente ligado al

desarrollo personal de los hijos ya que los aspectos que se protegen con el ejercicio de esta son los más importantes en la formación de la persona.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, este es atribuido a ambos padres en conjunto, existiendo consideraciones propias y concretas. Es así que el Código Civil de Ecuador, en adelante CCE, señala en su Art. 283 que es “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 24). La legislación en este caso se manifiesta sobre “padres” es decir otorga estos atributos a ambos progenitores, sin distinción de ninguna naturaleza. Más en el caso de la ley específica en materia, el CONA al momento de manifestarse sobre esta figura señala en el Art. 106, numeral 2, que a falta de acuerdo entre los padres se preferirá a la madre. (Cona, 2005, p. 72). En este sentido el mentado artículo, transgrede lo señalado en la normativa civil, en la concepción de la figura, como también en el principio de igualdad consagrado en la CRE.

Tenencia:

La tenencia de los hijos menores de edad es una figura jurídica mediante la cual los padres ostentan el ejercicio de amparo, protección, crianza, educación y cuidado de los hijos menores de edad, en casos de separación o divorcio, siendo esto elemental para el desarrollo integral del niño o niña. La principal razón de la tenencia es la convivencia con el hijo o hija, bajo el domicilio del padre. Señaló Rivera (2016):

La tenencia tiene como objetivo a que ambos padres mantengan sus deberes y responsabilidades como adultos hacia el menor de edad o incapacitado, otorgándoles una manutención, cuidado y el debido desarrollo para mantener una protección integral al niño y evitar un daño al menor (p.151)

Aguilar (2009) señaló que:

En términos generales, la mayoría de los diccionarios definen a tenencia como el hecho de tener algo en su posesión, con un sentido de pertenencia, mas, en derecho de familia, se refiere a la tenencia de los hijos como el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo, definición que también se vuelve obtusa, ya que en esta acepción los hijos se perciben para los padres como una

cosa que se puede tener. Mientras que una definición más acertada es que la tenencia de los hijos es un atributo que se confiere a los padres, en virtud de la patria potestad, con respecto a los hijos. Este atributo se manifiesta principalmente por la convivencia con estos, mediante una relación fáctica, una vida en común, o vivir bajo un mismo techo. (p. 191-197)

La autora Medina (2001) como se cita en (Zaruma, 2017, p. 3) describió a la tenencia como “el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo” entiéndase de esto, que la tenencia, es la forma directa e inmediata, mediante la convivencia con el hijo en un ambiente dentro del régimen de cuidado de uno padre, en el cual el padre ejerce su derecho a velar por la seguridad y protección del hijo, y practicar un modo de formación, del niño, según sus costumbres, principios, cultura, religión, entre otros aspectos. Siempre superponiendo como premisa, el bienestar del niño.

Por otra parte, en cuanto a la definición legal de la tenencia la legislación ecuatoriana es muy exigua, siendo que el CONA, se limita únicamente a regularla, más no a definirla, y señala en su Art. 118, lo siguiente:

Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior. (Congreso Nacional del Ecuador, 2003, p. 12)

Como se puede notar, en el artículo citado, la legislación ecuatoriana no ha hecho una definición conceptual legal, sobre la figura de la tenencia se dedica únicamente a regular los modos, en los que esta debe aplicarse, en caso de conflicto entre los padres. Y a más de ello, no le brinda una atención propia a esta figura, sino que acoge un criterio de regulación propio de otra figura como lo es la patria potestad, para regularla. Es decir, en Ecuador no tenemos una norma jurídica objetiva que defina

la figura de la tenencia. Lo cual, al momento de resolver causas controvertidas sobre la materia, resulta un reto adicional para los administradores de justicia.

Por la forma en que se regula la tenencia en Ecuador, se ha conducido mayormente a los hijos, a una tenencia monoparental. Para Catalán (2011) “implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos.” (p. 66) a la que la autora llama tenencia exclusiva. Este concepto es el más cercano a lo que se suscita en Ecuador con respecto a la forma en la que se ejerce la tenencia, por mandato de la normativa anteriormente citada, la cual, al ser ejercida por *uno de los padres*, como indica la autora, se vuelve una tenencia de carácter monoparental. En el caso de Ecuador, salvo excepción esta le corresponde a la madre, volviendo así al padre un mero visitador y proveedor. Como consecuencia de esto, la crianza de los hijos, se ejerce únicamente prevaleciendo las condiciones de la madre, relegando de este derecho al padre. Siendo que este derecho también es parte de los atributos del hijo, de ser criado bajo las costumbres y tradiciones de ambos padres.

Régimen de regulación de visitas. -

El régimen de regulación de visitas es el mecanismo jurídico, judicializado, mediante el cual, el padre que no mantenga la tenencia de sus hijos, y por lo tanto no viva una convivencia directa e inmediata con sus hijos, tenga acceso a ellos. Este régimen se define como “La facultad de llevar al menor, por un período limitado de tiempo a un lugar diferente al de su residencia habitual.” (Alvarado, 2017, p. 11) El derecho a visitas, debe ser atendido, a criterio del autor, como un derecho con beneficiarios dualistas, es decir, no solo es un derecho del padre, visitar y tener acceso a su hijo, para ejercer sus derechos parentales, toda vez que las visitas parentales, viabilizan que se fortalezca la relación afectivo-emocional y social entre estos, fortaleciendo lazos de afecto entre ambos, sino que también es un derecho del hijo de recibir el cuidado, protección, comunicación, afecto de parte de su progenitor, con quien no convive día a día.

En Ecuador, uno de los antecedentes más cercanos al régimen de regulación de visitas, lo encontramos en el extinto Código de Menores

En Ecuador, el régimen de visitas aparece normado por primera vez en el código de menores, en el cual se tipificaba...

“Art. 62.- El tribunal al dictar los fallos sobre la tenencia regulará las visitas que se deban realizar entre el menor y sus padres. En el régimen de visitas se cuidará siempre la necesaria estabilidad emocional y física para la crianza y desarrollo del menor, por lo cual el tribunal podrá prohibirlas de ser necesario.

Art. 63.- No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieran sido sacados los hijos, visitar o recibir la visita de éstos en la forma, la frecuencia y libertad que el tribunal estime convenientes, excepto lo señalado en el artículo anterior.” (Ecuador C. N., 1992)

Mientras en la legislación actual se señala:

Art. 122.- Obligatoriedad. - En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Art. 123.- Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,

2. Los informes técnicos que estimen necesarios. (Congreso Nacional del Ecuador, 2003, p. 13)

En este sentido, el régimen de regulación de visitas es a criterio del autor, el menos desigual de los tres derechos parentales que se estudian en el presente proyecto académico, en este caso no existe una prelación a favor de la madre. Pero, en la práctica, y en concordancia con lo señalado en la figura de la tenencia, es casi siempre el padre, quien debe requerir este régimen a su favor y el de su hijo. Siendo en este caso, el detrimento de los derechos fundamentales del padre. Y lo que significaría una desventaja en su contra, la falta de legislación objetiva que brinde mayores lineamientos al administrador de justicia para resolver sobre este régimen.

La legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia únicamente señala, la obligatoriedad de resolver sobre el régimen de regulación de visitas, mas, en sus criterios para la definición de este, mantiene dos premisas básicas, la primera el acuerdo entre los padres. Como ya se ha señalado con antelación, en este tipo de acuerdos, siempre existirá una desventaja en contra del padre, por cuanto, al tener la madre una prelación legislativa a su favor, todo acuerdo entre las partes, significaría, o necesitaría de un mayor grado de concesión de la madre, lo cual, a fines prácticos, y según la realidad de los procesos judiciales en Ecuador, dificulta una negociación equitativa.

Así también se señala que deberá considerarse los informes técnicos que se consideren necesarios. Sin señalar, cuáles son esos informes, los lineamientos a considerar de parte del funcionario o perito que emita los informes necesarios. Los criterios de análisis, y el contenido axiológico a respetarse, para el discernimiento de cada situación particular, en cada caso, donde se resuelva sobre el régimen de regulación de visitas. Sin dejar de lado, el llamado criterio judicial unificado, que, sin ser un antecedente jurisprudencial obligatorio, es en el cual se basan los administradores de justicia, para limitar y restringir las visitas de los padres, em base a un prejuicio, en razón de un estereotipo de género, en el cual se ha asignado al hombre

un perfil de potencial peligro para sus propios hijos, y de capacidad cuestionable o cuando menos sujeto a constante escrutinio. No siendo así en el caso de la madre.

MARCO METODOLÓGICO:

Tipo de Investigación. –

Según el propósito. - Para cumplir con los objetivos propuestos de este trabajo académico, se ha optado por emplear una investigación aplicada, es decir la pretensión última de esta investigación es la obtención de conocimientos que tengan una aplicación inmediata a la realidad. Y en el presente caso, esta aplicación inmediata se manifiesta en la repercusión jurídico-social que la misma pueda tener, en la forma en que se proteja el derecho constitucional a la igualdad al momento de decidir sobre el ejercicio de los derechos parentales en Ecuador.

Según los conocimientos previos. - Se ha realizado una investigación analítica, reuniendo información suficiente sobre los tópicos a investigar, como lo es la igualdad, discriminación, así como los derechos parentales, y las tres figuras que se incluyen dentro de estos, como lo son: la patria potestad, tenencia y régimen de regulación de visitas. Se ha descompuesto cada uno de estos, para entender el significado y alcance de cada uno de ellos. Realizando una crítica oportuna a la forma en la que todos los elementos han sido considerados por la legislación ecuatoriana y evidenciando si estas formas han respetado los principios constitucionales, en lo que refiere a la igualdad y no discriminación.

Según los datos. – La investigación es de carácter cualitativo, toda vez que, para la obtención de los resultados, los datos obtenidos responden a conceptos teóricos, que rigen las variables, que han sido parte de la hipótesis. Realizando a la par

de la definición conceptual, una crítica de parte del autor, en base a los análisis obtenidos de cada dato recolectado.

Según los medios. – Se ha empleado el método documental. Por lo que esta investigación es de un diseño analítico-documental. Se ha revisado y analizado, fuente documental bibliográfica que ha permitido definir los conceptos propios de cada elemento de las variables. La valoración de los textos analizados ha permitido obtener el conocimiento necesario para la realización de las conclusiones y recomendaciones, habiendo nutrido con un rico acervo de conocimientos sobre la temática investigada.

Método de investigación. –

En cuanto al método empleado en esta investigación se optó por uno de naturaleza cualitativa, como el análisis de textos: Mediante este se ha obtenido los conocimientos necesarios para contestar las preguntas de la investigación. Se realizó un análisis de los elementos de las variables de la investigación.

Técnica de recolección de datos. –

La técnica empleada fue la observación. Una vez recopilados los textos necesarios a analizar, mediante esta técnica se permitió conocer cada figura jurídica necesaria para la obtención de los resultados. Así como también se ha conseguido desglosar cada una de estas.

Herramienta de análisis de datos. –

Se optó por la guía de observación, mediante la cual se ha podido plasmar de manera concreta los datos obtenidos y medir el nivel de cumplimiento de la norma constitucional en las normas legales analizadas.

Procedimientos. –

1. Delimitación del tema
2. Justificación y planteamiento de objetivos
3. Revisión de la factibilidad de la investigación
4. Definición de las figuras jurídicas a investigar

5. Selección del diseño de investigación
6. Selección de los métodos y herramientas
7. Recolección de datos
8. Análisis de datos obtenidos
9. Presentación de resultados
10. Elaboración de conclusiones

Instrumentos de recolección de datos:

Para la recolección de los datos necesarios para el análisis de resultados, se atendió los criterios de las variables dependientes e independientes de la hipótesis, así como de sus dimensiones y características, evaluando el nivel de satisfacción en cada una de éstas. La hipótesis del presente trabajo académico, se la ha definido en los siguientes términos:

Hipótesis. -

Los yerros legislativos en materia de ejercicio de derechos parentales discriminan al hombre en razón del género, por lo que vulneran el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Definición operacional de las variables de la hipótesis. – Construcción del instrumento de recolección de datos. -

Las variables de la hipótesis son las siguientes:

Variable Independiente. - Derechos Parentales. - La responsabilidad parental comprende el conjunto de derechos y obligaciones que mantienen los padres para con los hijos; conducentes a la protección y el desarrollo integral de estos; como tales derechos tenemos, el cuidado y la protección, las relaciones parentales-afectivas; la convivencia plena; y todo lo que sea parte del ejercicio de la patria potestad.

Variable Dependiente. - Desigualdad. - La desigualdad se define como la no igualdad de condiciones, en el ámbito específico del objeto de estudio la disparidad radica en las condiciones distintas que tienen el padre y la madre con respecto a sus

derechos para con sus hijos; siendo que legalmente los padres no gozan de las mismas condiciones legales para el ejercicio de estos derechos.

A continuación, se detalla el diseño de la guía de observación empleada para la recolección de los datos de la investigación:

VARIABLES DE LA HIPÓTESIS	NORMATIVA JURÍDICA	DIMENSIONES / CARACTERÍSTICAS	CRITERIOS DE ANÁLISIS	OBSERVACIONES
<i>En ésta columna se incluyen la variables de la hipótesis</i>	Para cada variable de la hipótesis se realizará el análisis de la normativa pertinente	Se estandarizará el análisis determinando las dimensiones fundamentales contenidas en la problemática. Se plantearon siete dimensiones listadas a continuación y que serán contrastadas con cada aspecto contenido en la normativa jurídica	Se buscará conocer en que porcentaje se ha cumplido con cada dimensión de la problemática en estudio según lo establecido en la ley	En esta columna se efectuará el análisis del grado de cumplimiento de cada dimensión en relación con cada una de las leyes referentes a derechos parentales y a desigualdad, y de estos datos extraerán las conclusiones del estudio
Derechos Parentales	Art. 106, Art.118 y Art. 123 Patria Potestad Tenencia Regulación de Visitas	Ostenta	Del 75% al 100%	
		Ejercicio		
		Acuerdo	Del 35% al 74%	
		Preferencias		
		Edad	Del 0% al 33%	
		Condiciones		
Igualdad de Condiciones				
Desigualdad	Art. 106, Art.118 y Art. 123 Patria Potestad Tenencia Regulación de Visitas	Ostenta	Del 75% al 100%	
		Ejercicio		
		Acuerdo	Del 35% al 74%	
		Preferencias		
		Edad	Del 0% al 33%	
		Condiciones		
Igualdad de Condiciones				

Análisis de Resultados:

En cuanto a los derechos parentales, como la variable independiente de este proceso de investigación, estos han sido divididos en tres figuras jurídicas que se regulan en la legislación ecuatoriana y sobre las cuales se evidencia sendas violaciones al principio de igualdad. Estas son: la patria potestad, la tenencia y el régimen de regulación de visitas. Para el análisis, sobre si en estas figuras se incurre o no en violación de derechos constitucionales, propiamente el de igualdad y no discriminación; se ha empleado el criterio contenido en el Art. 11, numeral 2 de la CRE, a fin de determinar si se cumple, y en qué medida con lo ahí consagrado. Así como también se ha tomado como objeto concreto de análisis la normativa legal que regula estas tres figuras, como lo son los Arts. 106, 118 y 123 del CONA. Se ha

considerado las dimensiones oportunas para desglosar cada elemento que coadyuve a la valoración del principio de igualdad.

En lo referente a las figuras de patria potestad y tenencia se ha determinado que existe una vulneración al derecho constitucional de la igualdad, ya que, si bien es cierto, quien ostenta la patria potestad de los hijos, son ambos padres, por cuanto, la ley así lo determina, en la practicidad esto se ve limitado por la realidad que las mismas leyes propician. Siendo que la patria potestad va más allá del reconocimiento de derechos y obligaciones para con los hijos, y que estos se contengan en el marco legal; la patria potestad, consiste entre otras cosas en la convivencia y la forma y el modo de crianza, y por la forma en la que se desarrolla todo el marco legal, y la forma en que el Art. analizado extiende una prelación a la madre, desfavorable al padre, no existe una igualdad material para esta figura. Limitando así el ejercicio de la misma de parte del padre.

En este sentido, los acuerdos celebrados por los padres, a los que la ley insta, en primera instancia como modo de resolver sobre el confío de la patria potestad, se encuentra viciado de desigualdad, en virtud de que al brindar la ley tantas prelación a favor de la madre, todo acuerdo que se celebre, se encontrará siempre en una situación de condicionamiento, a favor de la madre. Esto en razón de la preferencia que confiere la legislación a favor de la madre, sobre todo en lo referente a hijos menores de doce años. Debiendo para alcanzar una equiparación de condiciones, existir el manifiesto del padre y del hijo, siempre que este sea mayor de doce años. Mientras que el manifiesto únicamente de la madre tiene una mayor inclinación de aceptación para el juzgador, por las disposiciones legales, y solo en caso de que se demuestre falta de idoneidad, el juez considerará otros aspectos. Finalmente se debe señalar que aún cuando exista una igualdad de condiciones de idoneidad de ambos padres, la ley prefiere a la madre, por el simple hecho de su condición de mujer (femenina), incurriendo así en una discriminación legal contra el padre.

Por otro lado, en lo que respecta al régimen de regulación de visitas vemos una clara vulneración al ejercicio de los derechos de igualdad del padre. Habiendo dejado en claro que la madre no debe demostrar idoneidad para ostentar la tenencia del hijo, corresponde al padre demostrar idoneidad para el cuidado del hijo, en los modos y

jornadas en los que ejecutará sus visitas, debiendo superar informes que el juzgador considere necesarios. Además de que se condiciona en razón de la edad del menor las jornadas de visita, así como prohibiciones de pernoctar con sus hijos de igual manera en razón de la edad.

En lo que respecta a la variable dependiente de este proceso de investigación, se ha desglosado a la desigualdad, en tres elementos. La discriminación, la desigualdad de condiciones y los estereotipos. Al analizar el texto legal que regula las tres figuras jurídicas que son parte de la variable dependiente, se ha notado, que la redacción legal, incurre en estas tres situaciones. Al preferir de forma desafortunada y sin ningún tipo de criterio científico, a la madre por sobre el padre. El legislador incurre en una discriminación en razón de género. Asumiendo una menor capacidad del hombre para el cuidado y protección de los hijos. Por su simple rol masculino. Por ser hombre. A quien se le ha dado un estereotipo, de proveedor, y relegando su lado paterno de afecto a un segundo plano. Considerándolo menos apto para la convivencia diaria y el cuidado de los hijos.

Mientras que las exigencias que da a cada progenitor son distintas, mientras que el padre deberá demostrar la falta de idoneidad de la madre, y demostrar la suya. La ley presume de la idoneidad de la madre. Volviendo una carga significativa para el padre al momento de reclamar sus derechos parentales. Y aun cuando esto quede establecido, la ley inclina la decisión del juzgador, hacia la madre. Por una preferencia que no se justifica dentro de un estado constitucional de derechos y justicia. En el cual todos los ciudadanos son considerados iguales, entre sí. Y por ende gozan de los mismos derechos, además de la misma capacidad para ejercer esos derechos en igualdad de condiciones. En resumen, la legislación en materia de derechos parentales adolece de sendas violaciones al marco constitucional en lo que respecta al derecho de igualdad y no discriminación.

CONCLUSIONES:

Al haber analizado la literatura necesaria, para la conceptualización de los elementos de esta investigación, se ha podido colegir las siguientes conclusiones:

Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, en el cual, dentro de muchos otros aspectos, prima el principio de igualdad entre todos sus ciudadanos, y concomitantemente a este, una garantía de no discriminación, bajo ningún concepto, entre ellos, la discriminación en razón de sexo.

Existe un incremento del 83.45% de casos de divorcio en Ecuador desde el año 2006 hasta el 2016, siendo que los casos ascienden a 25.468, por lo que al menos 20.000 padres dejaron de convivir con sus hijos.

Se ha proliferado, los nuevos tipos de familia, distintos a la familia convencional.

Los derechos constitucionales, son derechos fundamentales positivizados en un cuerpo constitucional. A su vez, los derechos fundamentales son aquellas máximas jurídicas que buscan la protección de la dignidad humana.

El ejercicio de los derechos constitucionales, se lo ejecuta en respeto a los principios de igualdad y no discriminación.

El principio de igualdad y el respeto a este, constituye las bases de un estado social y democrático, así como de un estado constitucional de derecho, en el cual todos los ciudadanos tienen acceso a condiciones dignas de vida en sociedad.

La discriminación constituye una violación al principio de igualdad, esta es sancionada por la constitución y la ley.

La discriminación parte de un concepto de diferenciación de capacidades y dignidad, que emana desde un prejuicio o estereotipo. Sea este en razón de credo, etnia, cultura, sexo, genero, entre otros.

Los derechos parentales, se constituyen como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos, para el fortalecimiento de las relaciones afectivas entre sí, y la participación en la crianza y el desarrollo integral de los hijos.

Estos derechos parentales, principalmente se manifiestan en figuras como la patria potestad, que consiste en el conjunto de derechos y obligaciones, que direccionan la crianza de los hijos, según las costumbres y tradiciones propias.

Como parte del derecho de patria potestad, deviene el derecho a tenencia, de los hijos, el cual consiste en la convivencia del padre con los hijos, bajo un mismo techo y las condiciones de crianza y desarrollo que este considere oportunas. Así como

también se concreten las condiciones de protección y cuidado que el padre considere oportuno a favor del hijo.

Como parte de los derechos parentales, existe el derecho de convivencia, el cual primero se ejerce por medio de la tenencia, la cual se ejecuta bajo el mismo techo; mientras que una modulación de este derecho es el derecho a un régimen de regulación de visitas, el cual es el modo de ejercer y materializar el derecho de convivencia, en un régimen especial, programado, en un ambiente distinto al mismo techo del padre.

En Ecuador, la patria potestad, tenencia y régimen de regulación de visitas se reglamenta en los Arts. 106, 118 y 123 del CONA, con condiciones de preferencia a favor de la madre y en desventaja del padre.

Estas condiciones de preferencia, como el hecho de que a falta de acuerdo se preferirá a la madre, en razón del padre, constituye una violación al principio de igualdad, en virtud de que la ley, no otorga la misma consideración al padre, en lo referente a hijos menores de doce años.

En lo que respecta al ejercicio de estos derechos, al padre corresponde demostrar la idoneidad, tanto para la tenencia, como para el establecimiento del régimen de regulación de visitas. Mientras que la madre no se obliga a esto, por mandato legal, mediante la cual se presume idoneidad.

Según la legislación analizado, si aún el padre denota igualdad de condiciones que la madre, para la crianza y cuidado de los niños, el juez deberá resolver a favor de la madre.

Se colige que todos estos yerros normativos, constituyen sendos agravios y violaciones al derecho de igualdad y no discriminación. Partiendo de una presunción infundada, en la cual la madre goza de una consideración de idónea para el cuidado y protección de los hijos; por el simple hecho de su condición de sexo.

Bajo la óptica de lo señalado en el Art. 11 de la CRE, no es viable una consideración como la que se hace en los Arts. 106, 118 y 123 del CONA, por ser esta

desigual y discriminatoria, en razón de sexo, en base a estereotipos de preferencia a favor de la madre y de detrimento en contra del padre.

Por lo consiguiente los mencionados artículos son inconstitucionales, en virtud de violación al principio de igualdad y no discriminación.

PROPUESTA. -

Una vez que se ha determinado la violación de los derechos constitucionales, a la igualdad y no discriminación, en lo referente a los modos de ejercer los derechos parentales de patria potestad, tenencia y régimen de regulación de visitas, es necesario proponer una solución a esta problemática. Para tales efectos, considera el autor, que es necesario una modificación a los Arts. 106, 118 y 123 del CONA, eliminando los manifiestos discriminatorios hacia el padre que brindan una preferencia injustificada hacia la madre, debiendo ser redactados de la siguiente manera.

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

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

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará al progenitor que demuestre oportunamente, mejores condiciones para el cuidado, protección y crianza del hijo o hija, salvaguardando en todo aspecto que no se perjudique los derechos del hijo o la hija, y el interés superior de este;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre, a más de los atributos señalados en el numeral anterior, mayor estabilidad emocional y madurez psicológica, necesarios para la asistencia, formación y cuidado, del hijo o hija, acorde a la edad, así como también

se considerará quien se encuentre en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se tendrá en consideración, los lazos afectivos desarrollados entre el hijo o hija y cada uno de los padres, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

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

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

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

Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las siguientes reglas:

1.- A fin de salvaguardar el derecho de convivencia, el juez preferirá, de ser posible la tenencia compartida, definiendo plazos prudenciales, de convivencia con cada uno de los progenitores, pudiendo estos plazos ser semanales, mensuales y hasta trimestrales. Siempre que esto sea viable y no perjudique el desarrollo integral del hijo o hija, así como no impida un óptimo desempeño académico, ni genere inestabilidad emocional comprobada al hijo o hija.

2.- En caso de que no sea viable la aplicación de la tenencia compartida el juez resolverá conforme las reglas del Art. 106, de este código.

3.- En caso de progenitores que tienen un domicilio en ciudad distinta a la del hijo o hija, se preferirá al padre que mantenga el mismo domicilio del hijo. El padre

que ostente la tenencia no podrá cambiar la ciudad del domicilio, con el hijo o hija, sin que se resuelva ante autoridad judicial, sobre la tenencia del hijo o hija.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el numeral uno.

Art. 123.- Forma de regular el régimen de visitas. - Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales;

2. Se determinará un horario de visitas, que permita el fortalecimiento de las relaciones afectivas entre el hijo o hija y el progenitor; así como la participación del progenitor en el cuidado, protección y crianza del hijo o hija, y en su desarrollo, personal, intelectual, emocional y espiritual. Estos horarios de visitas no se encontrarán limitados a fines de semana, podrá regularse visitas en horarios de lunes a viernes, siempre que esto no perjudique las obligaciones académicas del hijo o hija, cuando esto representase un perjuicio significativo;

3. En caso de que sea un solo progenitor que ostente la tenencia del hijo o hija, este brindará al padre que ejerza sus visitas, todas las facilidades logísticas para el cumplimiento de estas, siempre que esto no signifique un perjuicio, ni genere inestabilidad al hijo o hija, ni la tranquilidad familiar del progenitor que ostente la tenencia.

4. En caso de los padres que mantengan domicilio en una ciudad distinta a la del hijo o hija, las visitas podrán realizarse en la ciudad de su domicilio teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a. Que los traslados no representen un perjuicio significativo de las obligaciones académicas, que se salvaguarde el interés superior, que se garantice estabilidad, emocional, física y de salud del hijo o hija;
- b. Que se cuente con un espacio físico óptimo para el alojamiento del hijo o hija, teniendo en cuenta aspectos de salubridad, seguridad, y un ambiente familiar pleno en el que se pueda garantizar el desarrollo integral del hijo o hija;
- c. En caso de menores de cinco años será necesario que se demuestre mediante los informes técnicos pertinentes, la capacidad del progenitor, para el cuidado, protección y seguridad del hijo o hija.
- d. En caso de menores, que tengan más de 5 años y menos de doce, para demostrar la capacidad del progenitor para el cuidado, protección y seguridad, se tendrá en consideración a más de los informes técnicos pertinentes, la opinión del hijo o hija:
- e. En caso de que el hijo o hija sea mayor de doce años y menor a dieciocho, no será necesario informes técnicos, bastará con la opinión del hijo o hija; a menos, que el juzgador, de oficio o a petición de parte, considere oportunos y necesarios dichos informes.
5. Se permitirá que el progenitor pueda pernoctar con el hijo o hija, dentro del periodo de visitas, teniendo en consideración las reglas contenidas en el numeral 4, de este artículo.
6. El periodo de visitas, podrá ser de hasta 12 días dentro del mes, y de hasta 3 días dentro de la semana, durante el periodo escolar.
7. Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, el periodo de visitas podrá extenderse, hasta quince días ininterrumpidos dentro del mes, cuando el hijo o hija, no se encuentre en periodo escolar.
8. Sin perjuicio de lo señalado en los numerales seis y siete, de este artículo, el progenitor podrá visitar al hijo, fuera del régimen de visitas, el día del cumpleaños del

hijo o hija, durante un periodo de hasta 6 horas, así como también podrá visitarlo el día del cumpleaños del progenitor durante el tiempo que estime necesario, pudiendo inclusive pernoctar con el menor ese día, y además de ello igual consideración se tendrá el día festivo alusivo al padre o la madre, por motivos de fortalecer las relaciones afectivas, también podrá modificarse el día de ejecución de las visitas, en los casos de cumpleaños de familiares de hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sin que esto signifique una extensión en el número de días de visita semanales o mensuales;

9. En caso de días festivos y feriados, podrá extenderse el periodo semanal de días de visitas, sin extenderse en el número de días totales dentro del mes, respetando la alternancia entre los progenitores para cada año;

10. No se podrá limitar o restringir el acceso del progenitor, a eventos o participaciones de cualquier índole en las que incurra el hijo o hija, como actividades, deportivas, religiosas, escolares, extraescolares, y cualquier actividad en la que se desarrolle la personalidad del hijo o hija;

11. Todas estas reglas se extenderán a favor de los familiares o demás personas que mantengan derecho de visitas, contenidos en la ley.

RECOMENDACIONES. –

Luego de analizada la propuesta de modificación al marco legal vigente, el autor recomienda que tal modificación sea remitida a la Asamblea Nacional Legislativa, dentro de un proyecto de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Luego de obtener la información conceptual de los elementos de la investigación, y luego de analizar los datos obtenidos en la misma, el autor considera oportunas y necesarias las reformas legales propuestas, para erradicar la desigualdad en el ejercicio de los derechos parentales en razón de género, siendo además estas recomendaciones una herramienta útil para el alcance de la igualdad en estos derechos, sin ocasionar perjuicio alguno a los derechos de las madres, y sobre todo respetando acertadamente el principio de interés superior del niño.

REFERENCIAS:

- Aguilar, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. Fecha en la que se realizó la consulta: 03/05/2021
<https://doi.org/https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17425>
- Alda, F. (25 de julio de 2021). Igualdad de género en la constitución ecuatoriana de 2008. Fecha en la que se realizó la consulta: 06/07/2021
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2804/1/RAA-29%20Andrea%20Karolina%20Cajas%20C%C3%B3rdova%20Iguualdad%20de%20G%C3%A9nero%20%20la.pdf>
- Aldunate, E. (2008). Derechos Fundamentales. Fecha en la que se realizó la consulta: 01/06/2021 https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/24_Bassa.pdf
- Alianza Evangélica Latina (2009). La Familia: Concepto, Tipos Y Evolución. Fecha en la que se realizó la consulta: 18/05/2021
<http://www.aelatina.org/wpcontent/uploads/2020/12/La-familia-conceptos-y-tipos-1.pdf>
- Andalúz, V. (2012). Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos. Fecha en la que se realizó la consulta: 09/07/2021
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n39/a12.pdf>
- Arango, R.. (2016). Realizando los Derechos su filosofía y práctica en América Latina. Fecha en la que se realizó la consulta: 29/05/2021
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4743/1.pdf>.
- Catalán, J. (2011). Evaluacion de custodias: criterios psicologicos utilizados por los Psicologos Forenses en la Administracion de Justicia. Fecha en la que se realizó la consulta: 02/08/2021
https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/376707/TMJCF_1.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Cea, J. (2002). Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales. Fecha en la que se realizó la consulta: 25/06/2021
<https://www.redalyc.org/pdf/820/82015660007.pdf>
- Chavez, J. (18 de noviembre de 2011). El Hombre Sufre Discriminación por su Condición de Género, en Ciertos Ámbitos. Fecha en la que se realizó la consulta: 10/07/2021
https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2011_682.html

- Ciñero, B. (s.f.). El interés superior del niño en el marco internacional sobre los derechos del niño. Fecha en la que se realizó la consulta: 02/08/2021
http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. (s.f.). Discriminación por Sexo. Fecha en la que se realizó la consulta: 16/05/2021
<https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-sexo>
- Frias, S. y Marinero, C. (2011). Los Derechos Constitucionales Fecha en la que se realizó la consulta: 11/07/2021
<http://www.portahuarpe.com/Medhime20/Talleres/TALLERES%20CUIM/Taller%2011/T1105DerechosyDeberesdelasPersonas/Derechos%20y%20Deberes%20de%20las%20Personas/index-1.html>
- Hernan, C. (2005). La Familia en los 150 Años del Código Civil Chileno. Fecha en la que se realizó la consulta: 17/05/2021
<https://www.redalyc.org/pdf/1770/177021328003.pdf>
- Hopenhayn, M. y Bello, A. (2001). Discriminación étnico racial, xenofobia en América Latina y el Caribe. Fecha en la que se realizó la consulta: 28/07/2021
https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/5987/S01050412_es.pdf
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (2010). Los Derechos Humanos. Fecha en la que se realizó la consulta: 24/05/2021
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/4.pdf>
- Laing, K. (1988). The Tender Years Doctrine: A Defense. Fecha en la que se realizó la consulta: 04/06/2021
<https://lawcat.berkeley.edu/record/1111729>
- López, E. (2013). ¿Qué es la discriminación? Su contexto jurídico en Mexico. Fecha en la que se realizó la consulta: 01/06/2021
<https://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2013/cgs132h.pdf>
- Montoya, A. (2007). Igualdad, como valor, como principio, como derecho fundamental. Fecha en la que se realizó la consulta: 05/05/2021
<https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Montoya.pdf>
- Oommen, T. (1994). Race, Ethnicity and class: An analysis of interrelations. International Social Science. Fecha en la que se realizó la consulta: 14/07/2021
- Ortega, R. (2013). La Constitucionalización del Derecho en Mexico. Fecha en la que se realizó la consulta: 28/05/2021 <https://doi.org/> Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Orwell, G. (2017). Mi lucha, de Adolf Hitler. Fecha en la que se realizó la consulta: 14/05/2021
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/4899/5825>
- Perez, E. (1987). Sobre la Igualdad en la Constitución Española. Fecha en la que se realizó la consulta: 30/06/2021 file:///C:/Users/Administrador.LAPTOP-F24RKORN/Downloads/Dialnet-SobreLaIgualdadEnLaConstitucionEspanola-142127%20(2).pdf
- Pérez, M. (2010). Derecho de familia y sucesiones. Fecha en la que se realizó la consulta: 17/05/2021 <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3993/1/-Derecho-de-Familia-y-Sucesiones-Mari-a-de-Montserrat-Pe-rez-Contreras-pdf-1-1.pdf>
- Polo, E. (2018). Los principios de aplicación de los derechos en la constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. Fecha en la que se realizó la consulta: 09/07/2021
file:///C:/Users/Administrador.LAPTOPF24RKORN/Downloads/Dialnet-LosPrincipiosDeAplicacionDeLosDerechosEnLaConstitu-7190616%20(1).pdf
- Rodriguez, J. (2004). ¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?. Fecha en la que se realizó la consulta: 12/07/2021
https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/50%20CI002_Ax.pdf
- Rosero, M. (18 de junio 2016). En el país no es común, pero hay papás con la tenencia de sus hijos Fecha en la que se realizó la consulta: 12/05/2021.
<https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-legal-padres-tenencia-hijos.html>
- Sáchica, M. (20 de enero de 2005). Caso T-993633, Derecho a la Salud, fundamental, por la conexidad a la vida. Fecha en la que se realizó la consulta: 14/07/2021
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Sentencia-T-926-de-1999.pdf#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20salud%20adquiere%20el%20car%C3%A1cter,vida%20o%20el%20derecho%20a%20la%20integridad%20personal.%22.3>
- Said, E. (1993). Cultura e Imperialismo. Fecha en la que se realizó la consulta: 10/06/2021
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762005000100012&lng=es&nrm=iso
- Salazar, D. (28 de abril 2015). Caso 0028-15-IN, Acción Pública de Inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA. Fecha en la que se realizó la consulta: 22/07/2021
<https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0028-15-IN>

- Solano, H. (2016). Introducción al Estudio del Derecho. Fecha en la que se realizó la consulta: 26/07/2021
<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2354/Introducci%C3%B3n%20al%20estudio%20del%20derecho-.pdf?sequence=1>
- Tórtora, H. (2010). Las Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Fecha en la que se realizó la consulta: 19/05/2021
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002010000200007&lng=es&nrm=iso
- Valiente, F. (29 de noviembre de 1988). Caso SST/227/1998, Recursos de inconstitucionalidad contra la ley de aguas. Fecha en la que se realizó la consulta: 29/06/2021 <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1168>

ANEXOS:

Guía de observación. –

TIPO DE VARIAB LES	VARIAB LES	SUB. VARIAB LES	DIMENSI ONES	NORMA LEGAL ART. 106,118 y 123 (REGLA S PARA EL CONFÍO DE LA PATRIA POTEST AD, TENENC IA y REGIME N DE REGULA CION DE VISITAS)	CRITERI OS DE ANALISI S (PRINCI PIO DE IGUALD AD)	NIVEL DE CUMPLIMIENTO		
DEPENDI ENTE	DERECH OS PARENT ALES	PATRIA POTEST AD	OSTENT A	1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija; 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés	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. Nadie podrá ser discriminado por razones de... (...)	Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
			Del 35 al 74 %			Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	X	
			Del 0 al 33 %			Se vulneran los derechos constitucionales.		
			Del 75 al 100 %			Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.		
			EJERCICIO					

				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	sexo (...); ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado	Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	X
			ACUERDO	que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;	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.	Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	
				3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al		Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
				progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que		Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	
			PREFERENCIA			Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	X
						Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	X

			EDAD	necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral; 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;		Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
						Del 0 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales	
			CONDICIONES			Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
						Del 0 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales	
			IGUALDAD DE CONDICIONES		Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.		
					Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales		

						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	X
DEPENDIENTE	DERECHOS PARENTALES	TENENCIA	OSTENTATA	1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique a los derechos del hijo o la hija; 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudican los derechos del hijo o la hija; 3.-	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. Nadie podrá ser discriminado por razones de... (...) sexo (...); 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	Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	X
			EJERCICIO			Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	X
						Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
ACUERDO	Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.						

				Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;	derechos. La ley sancionará a 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 encuentran en situación de desigualdad.	Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	
			PREFERENCIA			Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	X
						Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	X
			EDAD			Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
				4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el		Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	

			CONDICIONES	interés superior del hijo o la hija;		Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
						Del 0 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales	
			IGUALDAD DE CONDICIONES			Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	
						Del 0 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales	X
DEPENDIENTE	DERECHOS PARENTALES	REGIMEN DE REGULACION DE VISITAS	OSTENTATA	1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o	Art.11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios : ...2) Todas las personas son iguales y	Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	X
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	

				la hija; 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudican los derechos del hijo o la hija;	gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de... (...); sexo (...); 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	Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	
			EJERCICIO	res 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 perjudican los derechos del hijo o la hija;		Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
			ACUERDO	3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor		Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	
						Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	

			PREFERENCIA	estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral; 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;	real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad.	Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
			EDAD			Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales	X
						Del 0 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales.	
						Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	
			CONDICIONES			Del 0 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales.	X
				Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.			
				Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	X		

						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	
			IGUALDAD DE CONDICIONES			Del 75 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						Del 35 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	X
						Del 0 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	

TIPO DE VARIABLES	VARIABLES	SUB. VARIABLES	DIMENSIONES	NORMA LEGAL ART. 106,118 y 123 (REGLAS PARA EL CONFÍO DE LA PATRIAPOTES TAD, TENENCIA y REGIMEN DE REGULACION DE VISITAS)	CRITERIOS DE ANALISIS (PRINCIPIO DE IGUALDAD)	NIVEL DE CUMPLIMIENTO

INDEPENDIENTE	DESIGUALDAD	DISCRIMINACION	TRATODIFERENCIA	1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija; 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que	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. Nadie podrá ser discriminado por razones de... (...) sexo (...); ni por cualquier distinción, personal o colectiva, temporal o permanente	De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
					De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.		
					De 10 al 33 %	Se vulneran los derechos constitucionales.	X	
					De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.		
			PREFERENCIAS			De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	

				con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;	nente, que tenga por objeto o resultado	De 10 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	X
			EXIGENCIAS DE IDONEIDAD	3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su	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.	De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	X
			DESIGUALDAD DE CONDICIONES	TRATO DIFERENCIAL		De 10 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	
						De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constit	

				desarrollo integral; 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;			ucionales.	
			PREFERENCIAS			De 10 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	X
						De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	
						De 10 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	X
			EXIGENCIAS DE IDONEIDAD			De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	

						De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	X
						De 10 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales.	
		ESTEREOTIPOS	TRATO DIFERENCIAL			De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su totalidad.	
						De 135 al 74 %	Se restringe parcialmente los derechos constitucionales.	
						De 10 al 33 %	Se vulnera los derechos constitucionales	X
			PREFERENCIAS			De 175 al 100 %	Se respetan los derechos constitucionales, en su	

							totalida d.	
						De 1 35 al 74 %	Se restrin ge parcial mente los derech os constit ucional es.	
						De 10 al 33 %	Se vulnera los derech os constit ucional es.	X
						De 1 75 al 10 0 %	Se respetan los derech os constit ucional es, en su totalida d.	
						De 1 35 al 74 %	Se restrin ge parcial mente los derech os constit ucional es.	X
						De 10 al 33 %	Se vulnera los derech os constit ucional es.	

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Abg. Nelson Ricardo Yáñez Jara**, con C.C: # **0705867539** autor del trabajo de titulación: **Desigualdad de los derechos parentales en Ecuador en razón del género**, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Constitucional** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 02 de diciembre del 2021.

f. _____

Nombre: **Nelson Ricardo Yáñez Jara**

C.C. **0705867539**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Desigualdad de los derechos parentales en Ecuador en razón del género		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Nelson Ricardo Yáñez Jara		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Pamela Juliana Aguirre Castro, María Verónica Peña Seminario, Juan Carlos Vivar Álvarez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	02 de diciembre del 2021	No. DE PÁGINAS:	80
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derechos parentales, Disparidad, Discriminación, Principio de igualdad, Genero		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El tema de estudio de esta investigación es la discriminación que la ley hace en detrimento de los padres, sobre los derechos parentales. Su pertinencia se enmarca en la violación de un derecho constitucional, como lo es el derecho a una familia; la cual social y jurídicamente hablando es el núcleo de una sociedad, siendo la sociedad el principal elemento de un Estado. Además de ser un derecho constitucional, el gozar de una familia. Por tanto si la ley hace un detrimento al ejercicio de los derechos parentales, restringe los derechos a las familias; al ser el Ecuador un estado constitucional, esto se contrapone a sus fines; los objetivos de este trabajo son el evidenciar los yerros legales y judiciales que restringen el derecho constitucional a una familia, el objeto de estudio, es la legislación en materia de familia; se ha empleado una metodología de carácter analítico, con las respectivas guías de observación; para la posterior presentación de resultados con las observaciones pertinentes y conclusiones alcanzados, con lo cual se espera detallar cuales son las normas inconstitucionales y que y como vulneran derechos consagrados en la Constitución, por atentar al principio de igualdad.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/>	SI	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0979460784	E-mail: ricardoyanezjara@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Hernández Terán Miguel Antonio		
	Teléfono: 0985219697		
	E-mail: mhtjuridico@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			