



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA**

**ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE  
HOMBRES Y MUJERES EN EL OTORGAMIENTO DE LA  
GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE  
LA REPÚBLICA**

**AUTORA: VANESSA ALEJANDRA GARCÍA ORTEGA**

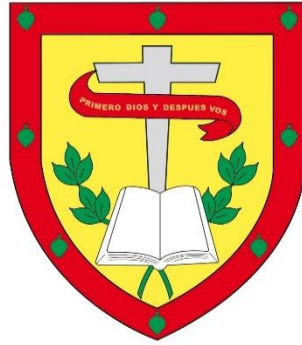
**DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO**

**CUENCA - ECUADOR**

**2021**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**





# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

TEMA

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD.

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**AUTORA: VANESSA ALEJANDRA GARCÍA ORTEGA**

**DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO**

**CUENCA - ECUADOR**

**2021**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**



### Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

**Vanessa Alejandra García Ortega** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0650260078**. Declaro ser el autor de la obra: **“Análisis del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **12 de octubre de 2021**

**Vanessa Alejandra García Ortega**

**C.I. 0650260078**

## DEDICATORIA

A mis padres Bolívar y Maite por tanto cariño, por haber sido mi apoyo incondicional a lo largo de toda mi carrera universitaria y a lo largo de mi vida, por haberme enseñado que, hasta las circunstancias más difíciles de la vida se pueden lograr paso a paso.

A Mateo y Cristian por estar siempre presentes acompañándome en esta etapa de mi vida, por el apoyo moral que me brindaron haciéndome sentir orgullosa de mí misma aportando a mi crecimiento profesional y como ser humano.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Católica de Cuenca por brindarme los conocimientos y las herramientas necesarias que hicieron que pueda crecer día a día como profesional.

De manera especial a mi tutor de tesis, por haberme guiado, no solo en la elaboración de este trabajo de titulación, sino a lo largo de mi carrera universitaria y haberme brindado el apoyo para desarrollarme profesionalmente y seguir cultivando mis valores.

# ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
ÍNDICE.....	IV
RESUMEN .....	1
PALABRAS CLAVE .....	1
ABSTRACT.....	2
KEYWORDS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I.....	5
Causas que dan preferencia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia .....	5
1.1 La familia en la antigua Roma.....	5
1.1.1 La conformación de la familia romana .....	6
1.1.2 Ius vitae necisque .....	7
1.1.3 Ius vedendi .....	9
1.1.4 La mujer en Roma .....	10
1.2 La patria potestad en Roma.....	11
1.2.1 Formas de adquirir la patria potestad en Roma.....	12
1.2.2 Extinción de la patria potestad en Roma .....	12
1.3 Definición de patria potestad .....	14
1.4 La patria potestad en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	16
1.5 La tradición social y la preferencia a la madre dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia .....	21
CAPITULO II.....	26
Análisis de la guarda y custodia, legislación comparada .....	26
2.1 Guarda y custodia.....	26
2.1.1 Definición .....	26
2.2 Modalidades de la guarda y custodia.....	27
2.2.1 Custodia monoparental.....	29
2.2.1.1 Régimen de visitas.....	30
2.2.1.2 Derecho de alimentos .....	31
2.2.2 Custodia compartida .....	31

2.3	Análisis de la legislación comparada en cuanto a la guarda y custodia .....	32
2.3.1	México .....	33
2.3.2	Chile.....	36
CAPITULO III.....		39
Necesidad de reformar el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....		39
3.1	El principio de igualdad.....	39
3.1.1	Convenios y tratados sobre el principio de igualdad.....	42
3.2	El interés superior del menor .....	43
3.2.1	La determinación del interés superior del menor .....	46
3.3	La vulneración del principio de igualdad en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor.....	47
3.3.1	El interés superior del menor frente a la vulneración del principio de igualdad en el otorgamiento de la guarda y custodia .....	50
3.4	Resultados de las entrevistas .....	52
3.4.1	Análisis y discusión de resultados .....	52
CONCLUSIONES .....		56
RECOMENDACIONES.....		58
BIBLIOGRAFÍA.....		59

## **RESUMEN**

El trabajo de investigación con el título: Análisis del principio de igualdad entre hombre y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad, tiene como propuesta realizar una reforma al artículo 106 numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en razón de que este artículo vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres al otorgarle un beneficio a la madre para ejercer la custodia del hijo, además, dicho artículo no garantiza el interés superior del menor.

En el Ecuador es un tema que debe abordarse en razón de las vulneraciones cometidas contra los padres, la madre es la persona que generalmente ejerce la custodia de los hijos sin que se realice una debida evaluación para determinar cuál de los padres será quien pueda brindarles las mejores oportunidades a los menores, este hecho no garantiza el interés superior del menor, además vulnera el principio de igualdad por cuestiones de género, es por ello que existe la necesidad de realizar un cambio a fin de que se puedan efectivizar los derechos tanto de los padres como de los niños, niñas y adolescentes.

### **PALABRAS CLAVE**

Principio de igualdad, Vulneración, Discriminación, Género, Norma.

## **ABSTRACT**

The research work entitled: Analysis of the principle of equality between men and women in the granting of guardianship and custody of a minor, has as a proposal to reform Article 106 paragraph 2 and 4 of the Organic Code of Childhood and Adolescence since it violates the principle of equality between men and women by granting a benefit to the mother to exercise custody of the child; additionally, this article does not guarantee the best interests of the child. In Ecuador, this is an issue that should be addressed due to the violations committed against parents, the mother is the person who generally exercises custody of the children without a proper evaluation to determine which of the parents will be the one who can provide the best opportunities for the children. This fact does not guarantee the best interest of the child, it also violates the principle of equality by gender issues, that is why there is a need to make a change to make effective the rights of both parents and children, and adolescents.

**KEYWORDS:** Principle of equality, Violation, Discrimination, Gender, Norm

## INTRODUCCIÓN

En el Ecuador la guarda y custodia de un menor en el caso de divorcio de los padres ha sido un tema controversial en razón de que en la legislación ecuatoriana, existen diversas reglas acerca del ejercicio de la patria potestad de los menores, el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es el texto normativo que regula la forma sobre la cual se ejercerá esta institución jurídica.

La razón por la cual es un tema controversial es porque en dicho artículo existen ciertos apartados cuestionables, específicamente el numeral 2 y 4, que le otorga ciertos privilegios a la madre sobre el padre para ejercer el cuidado personal del menor y obtener la custodia del mismo, este hecho genera una desigualdad de género ya que posiciona a la mujer como la más idónea para ejercer este cargo y minimiza al sexo masculino, promoviendo los estereotipos de género.

La igualdad es un principio fundamental y determina que todos los seres humanos son iguales ante la ley, gozan de los mismos derechos, garantías y protección por parte del Estado, nadie puede ser discriminado por razones culturales, sociales, por creencias personales, ideologías, raza, sexo, etc. Cualquier tipo de discriminación está totalmente prohibida, por el Estado y por diversos Instrumentos Internacionales.

El presente trabajo de Investigación tiene como enfoque principal determinar si existe o no una vulneración al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia en la manera en cómo se encuentra establecido en el artículo 106 numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para ello se abordará el tema iniciando con un análisis de la familia en la antigua Roma, de manera en que se pueda entender cómo se constituía entre núcleo social.

El análisis continuara con las generalidades de la guarda y custodia y las modalidades de la misma, además se desarrollarán diversos temas como la patria potestad bajo la visión del Código Orgánico de la Niñez y

Adolescencia, la corresponsabilidad parental, las causas sobre las cuales exista este privilegio materno, el principio de igualdad, el interés superior del menor, se logrará determinar a través de un análisis y toda la información recopilada si es que existe o no la vulneración al principio de igualdad en el tema de guarda y custodia, y por último se realizará un análisis comparativo con otras legislaciones para lograr justificar la vulneración a este principio.

# CAPITULO I

## Causas que dan preferencia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia

### 1.1 La familia en la antigua Roma

A fin de determinar las causas que dan preferencia a la madre, en el otorgamiento de la guarda y custodia de menores como está estipulado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es importante realizar un análisis histórico de la familia, el comportamiento familiar en la antigüedad y los diversos miembros que conforman la misma.

La familia ha sido desde épocas arcaicas una institución histórica y jurídica, es considerada como el núcleo social básico y la estructura social por la cual el humano encontró la manera de asegurar su supervivencia, al relacionarse con los demás, al hablar de un grupo humano más organizado se puede mencionar a la familia romana como la base u origen por la cual se rige actualmente la legislación en torno a la familia, es importante definir conceptualmente la palabra familia, en este sentido se puede determinar que, según Ulpiano, “llamamos familia en sentido propio (familia proprio iure) a un grupo de personas vinculadas entre ellas por el hecho de estar sometidas a la voluntad de uno solo, el paterfamilias”, (Baquero, 2011, pág. 5).

En palabras del doctor Joaquín Alvarado Chacón, “la familia en Roma, era el conjunto de personas unidas entre sí por el hecho de estar sometidas a la potestad absoluta de un jefe de familia”, (Chacón, 2010, pág. 2).

El concepto de familia en Roma es “el lazo que une a las personas que pertenecen a la misma familia es exclusivamente la sujeción a la potestad de un pater” (...), (Albornoz, 2010, pág. 37).

La palabra familia se deriva del latín “famulus” que significa siervo, aprisionado, criado doméstico, la palabra familia en la antigua Roma no era vista como en la actualidad, es decir como un sinónimo de hogar, protección o cercanía, en Roma era el equivalente al patrimonio que poseía el padre de familia o “paterfamilias” que no solamente incluía a los hijos, sino también a los sirvientes de la casa del amo.

### **1.1.1 La conformación de la familia romana**

Como toda familia en la actualidad, la familia romana se conformaba en base a los lazos de parentesco, el mismo implica una relación existente entre un grupo humano conformado por dos o varias personas, que pueden tener lazos sanguíneos o a través de un reconocimiento como lo es en el caso de la adopción.

El parentesco por agnación, cognación y la conexión que existe por los parientes cercanos del cónyuge, fueron reconocidos en el imperio y en la legislación romana, según Alcívar Trejo:

Se entendía por familia agnaticia al conjunto de personas bajo la línea de varón hasta el sexto grado. Así por ejemplo forman parte de la familia agnaticia de un individuo bajo la potestad de su abuelo (avus): su padre (pater), su tío paterno (patruus), su hermano (frater), su hijo (filius) y su primer hijo de su tío paterno (frater patruelis o patrelis) así como el hijo de éste (nepos ex patruelis) o su propio nieto (nepos), así mismo todos los varones adoptados por el pater familias. La muerte del ascendiente no implica la disolución del vínculo hasta el sexto grado, (Trejo, 2013, pág. 9).

La agnación es el elemento que enlaza al grupo de personas que constituyen una familia y con dependencia al pater familias, la familia agnaticia como lo expresa el autor Trejo, son aquellas personas de género masculino que se encuentran bajo una misma línea de consanguinidad hasta el sexto grado, dicho vínculo, no se quebrantaba con la muerte del padre de familia o pater familias, en dicho caso la familia agnaticia se dividía, sin embargo, se encontraban atadas entre ellas.

La familia agnaticia se constituía por diversos miembros como la cónyuge del pater familias o la de alguno de sus descendientes, los verdaderos hijos o hijas, los descendientes directos de los hijos, los nietos solo de género masculino, los hijos adquiridos por el pater mediante la adoptio o adopción y los hijos del pater que han nacido tras el fallecimiento del mismo, denominados póstumos. Los hijos emancipados, o los descendientes por línea de género femenino no integraban la familia agnaticia.

La cognación es la forma más común de parentesco, él mismo estaba compuesto por un grupo de personas entrelazadas entre sí gracias a la concepción y el nacimiento, por ejemplo, padre, hijo, nieto etc. Según Trejo, también se considera parte de este conjunto a la abuela, madre, hija, hermana, tía, tío, etc. (Trejo, 2013), es decir que este tipo de parentesco es considerado como un vínculo de sangre, de los descendientes y ascendientes del pater familias, su cónyuge e hijos, en línea recta y colateral.

El paterfamilias era la persona principal de género masculino, que conformaba la estructura familiar romana, el término pater no implicaba un padre biológico, se refería al jefe del hogar, todos los nexos familiares giran en torno a él, era quien se encargaba de sustentar las necesidades de su familia, es por ello que se consideraba que era el amo de la casa, patrono del hogar, sobre él recaían todas las responsabilidades, por lo tanto, debía manejar adecuadamente los intereses de su unidad familiar, los miembros de dicha unidad estaban supeditados al mando del pater, ya que gozaba de autoridad legal sobre los miembros de su familia.

### **1.1.2 Ius vitae necisque**

Entre los múltiples mandos que gozaba el paterfamilias, también se encontraba el ius vitae necisque potestas, Miquel considera que:

El paterfamilias tiene el derecho de vida y muerte sobre los hijos, es decir, puede matar al hijo que haya cometido delitos graves. De todos modos, hay que atender a dos circunstancias, (...) en primer

lugar, la familia se considera como una organización estatal en miniatura, donde el paterfamilias es el soberano absoluto; en segundo lugar, esta facultad del paterfamilias aparece fuertemente controlada por la ética social, que actúa como freno, a través del consejo de parientes, evitando abusos y arbitrariedades, al exigir la garantía de un juicio (*iudicium domesticum*), (Miquel, 1984, pág. 70).

La concepción de Miquel quiere decir que, el pater gozaba de potestades disciplinarias sobre sus hijos, aunque dichas facultades eran extremistas, solo se aplicaban cuando el hijo cometía delitos graves, generando una suerte de pena capital sobre el que actuó mal, podía además aplicar sanciones leves en razón del poder absoluto que tenía sobre su descendencia, mismas facultades que tendría el amo sobre sus esclavos, sin embargo, en la familia romana estos poderes se aplicaban a sus miembros.

La *vitae necisque potestas* es considerada como una institución inhumana en el Derecho Romano, el hecho de que existiera una soberanía absoluta que le da al pater la facultad para decidir sobre la vida o muerte ha sido criticada alegando que en la época romana la estructura familiar era demasiado rígida o estricta, además esto demuestra la carencia de afecto entre los miembros de la familia romana.

Hay varias teorías que pretenden explicar dicha institución, entre las principales se pueden mencionar cuatro teorías, la primera teoría según Amunátegui Perell es la denominada como la teoría política de la familia, Amunátegui concibe que:

La *vitae necisque potestas* como una institución equivalente a la soberanía estatal, su carácter sería absoluto, pero debe ejercerse mediante una instancia jurisdiccional específica (el juicio familiar ante el consejo de la familia) y por normas propias. La ciudad sería ajena a dicha instancia, puesto que carecería de facultades para inmiscuirse en los problemas particulares de cada unidad familiar en específico, (Perell, 2006, pág. 41).

La segunda teoría plantea que la *vitae necisque potestas* halla un límite formal en el proceso de juicio familiar sobre el cual se somete el hijo que ha obrado de mala manera para obtener una decisión del pater y, la tercera es claramente explicada por el doctrinario Volterra.

Volterra, postula la naturaleza esencialmente ilimitada de la *vitae necisque potestas*, rechazando la existencia de barreras procedimentales para su ejercicio. De esta manera, será la existencia de los tribunales domésticos el elemento de la teoría tradicional que negará esta posición, (Volterra, 1967, pág. 8).

Esta teoría es contradictoria a la primera, ya que el autor pretende explicar que carecen las limitaciones para la *vitae necisque potestas*, es decir que el hijo que ha cometido un delito muy grave se encuentra a mera disposición y voluntad del pater familias quien decidirá sobre la vida y muerte del mismo, según esta teoría el pater familias tiene poder absoluto y no existe un procedimiento de juzgamiento dentro de la familia y tampoco hay un consejo familiar que pueda restringir las acciones del pater.

La última teoría, establece que la facultad de ejercer la *vitae necisque potestas* que posee el pater familias no es similar a una soberanía, se ejerce bajo las normas establecidas dentro de la sociedad o comunidad donde habita el pater y los miembros de su familia, dichas normas expresan restricciones de carácter público para evitar abusos en cuanto a la patria potestad.

### **1.1.3 *Ius vendendi***

Desde las épocas más antiguas de la historia, el pater familias tenía varias facultades que podía ejercer sobre sus hijos, esposa, incluso esclavos, entre ellas tenía la potestad de vender a cualquiera de los miembros de su núcleo familiar, dicha venta conlleva diversas situaciones, dependiendo si la venta se efectuó en Roma o fuera de ella, si la venta se efectuó al exterior de Roma, el hijo cae en condición de *in mancipio*, está es una condición parecida a la de un esclavo, es decir, el hijo perdía varios

derechos y optaba una semejanza al esclavo, no podía heredar excepto cuando haya sido incluido dentro del testamento, si decidía retornar a Roma, el hijo no podía recuperar su independencia.

Si la venta se realizó dentro de Roma, el hijo sigue en una condición de esclavitud, sin embargo, puede recuperar su libertad si el comprador así lo decidiera en palabras del autor Ermo Quisbert en su libro de Derecho Romano, las XII Tablas (Lex Duodecim Tabularum o Duodecim Tabularum Leges) es el código más antiguo de Derecho Romano, escrito entre los años 451 y 450 a.C. que se basa en el Derecho oral (consuetudinario) de los quirites, (Quisbert, 2006, pág. 4).

Dicha ley impone en cuanto al *ius vendendi*, ciertas limitaciones ya el pater que vendía a su hijo tres veces consecutivas, perdía cualquier tipo de poder que ejercía sobre él, es decir, el hijo quedaba en una posición de libertad sobre la autoridad de su padre.

#### **1.1.4 La mujer en Roma**

La situación de la mujer en Roma, al vivir en una época en donde la sociedad se desarrollaba bajo una óptica patriarcal, era difícil, como se ha mencionado con antelación, el núcleo familiar de los romanos se encontraba administrado por un paterfamilias quien tenía el mando sobre todas las decisiones adoptadas en la familia.

En la antigüedad la mujer carecía de diversos derechos, su posición se encontraba reducido a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos, por ende, era inferior al hombre según las leyes romanas, la principal función de la mujer era la de reproductora, es por ello que existió una evidente subordinación social en la atribución de roles entre hombres y mujeres en la época romana.

De acuerdo a las leyes romanas, las mujeres eran consideradas como personas incapaces, no podían ejercer los mismos derechos que los hombres, por ejemplo, no eran consideradas adecuadas para adoptar, no

poseían la patria potestad sobre sus propios hijos, incluso se encontraban bajo el poder del pater familias denominado manus, el mismo era una institución del Derecho Romano que consistía en que la mujer dentro del matrimonio debe someterse a las disposiciones de su cónyuge o del pater familias.

Aunque su papel se encontraba muy reducido en la sociedad romana, su posición no era restrictiva del todo, ya que las mujeres podían acumular riquezas, gozaban de su dote y podían administrar sus bienes sin la intervención de un tercero, además de que gozaban de la facultad de ser beneficiarias en las herencias y testamentos, en el aspecto laboral las mujeres podían trabajar en ciertos empleos que eran considerados propios del género femenino, podían realizar trabajos artesanales e incluso comerciales.

## **1.2 La patria potestad en Roma**

La patria potestad o patria potestas es un derecho ejercido por el pater familias, misma que se extendía sobre sus descendientes ya sean mayores o menores de edad, la patria potestad recaía sobre las personas que tenían parentesco, filiación y las que estaban relacionadas por medio de la adopción, además el pater tenía el mismo derecho sobre los esclavos que poseía.

En palabras de Carlos Ghirardi, el pater, como sumo sacerdote del culto doméstico, está dotado de las potestades necesarias para dirigir a las otras personas que comparten el mismo culto, y que, por consiguiente, le están subordinadas, tales como la manu, el mancipium (...) y la patria potestas, (Echenique, 1998, pág. 4).

De acuerdo a las diversas concepciones mencionadas, se puede establecer que la patria potestas es una facultad del pater que tiene la característica de ser vitalicio, es decir, la potestad nace con la creación de la familia, y se extingue con la muerte del pater familias, el poder del pater recae no únicamente sobre sus hijos, sino también sobre los descendientes

de los mismo, dicho poder implicaba que los descendientes no podían adquirir bienes propios ni administrarlos.

### **1.2.1 Formas de adquirir la patria potestad en Roma**

Como se ha mencionado con anterioridad, la patria potestad tiene dos modos o formas para que pueda adquirirse, la primera a través de la procreación del pater familias con su cónyuge, y la segunda, a través de la adopción, el primer modo se aplica para aquellos hijos denominado legítimos, que llegan a constituir parte de la familia a través de la procreación natural del pater y su cónyuge, aquellos hijos que han nacieron fuera del matrimonio, producto de las relaciones del pater con una concubina, también se consideran legítimos siempre que el pater realice ciertos actos como contraer matrimonio con la concubina.

La adopción es el segundo modo de adquirir la patria potestad, misma que puede definirse como el acto mediante el cual el pater coloca bajo su cuidado a un hijo ajeno, el mismo se encuentra bajo la patria potestad como un hijo legítimo, la adopción se dividía en la adrogatio y la adoptio, la primera división hace referencia a un modo formal de poner a un pater familias y todas las personas que son descendientes de él, en la patria potestad de otro pater, a través de la rogación, la segunda división alude al acto sobre el cual una persona pasa de una potestad a otra, esto ocurría generalmente cuando un hijo ha sido vendido más de tres veces, en este caso el pater perdía totalmente la potestad de dicho hijo, y dicho poder pasaba al adoptante.

### **1.2.2 Extinción de la patria potestad en Roma**

Se podría afirmar que la patria potestad como un poder vitalicio que posee el pater familias, no se extingue, sin embargo, tal afirmación no es del todo correcta ya que la patria potestad si es susceptible de pérdida por varias razones, ya que diversos imprevistos pueden hacer irrealizable su ejercicio.

La causa más evidente para la extinción de la patria potestad, es el fallecimiento del pater familias, mediante esta condición los hijos tanto como las hijas quedan en libertad y pasan a constituir familias independientes, para aquellos hijos que constituyeron sus propios hogares, cuando muere el pater, los mismo pasan a ser pater familias de sus casas.

El pater familias era susceptible de perder la ciudadanía romana, cuando incumplía con las normas establecidas para los ciudadanos romanos, sobre todo cuando se trataba de limitar el ejercicio de la patria potestad, en caso de abusos del mismo, con la pérdida de la ciudadanía, se extinguía la patria potestad, de igual manera, se podía extinguir cuando el pater familias ha caído en condición de esclavo.

Otros casos para la extinción de la patria potestad, se pueden ocasionar cuando el pater familias decide dar en adopción a uno de sus hijos, en esta circunstancia perdía automáticamente la patria potestad ya que el hijo pasaba a la autoridad de otro pater familias, de igual manera se extinguía por la mancipio, que consistía prácticamente en el acto en el cual el pater entregaba a su hijo para asegurar el pago de una deuda o para reparación de un daño ocasionado a otra persona que no forma parte de la familia, cuando el hijo ejercía un cargo público, según las leyes romanas tampoco estaba sometido al poder del pater familias, y por último la emancipación.

Referente a la emancipación, a diferencia de la actualidad, no era considerada un privilegio, en Roma era vista como un castigo para aquellos hijos que han cometido un delito y cuando la intención era que fueran excluidos de la familia, bajo este contexto la emancipación es el acto jurídico mediante el cual el hijo ya no se encontraba bajo el mando del pater familias y adquiere su independencia, Según Echenique, “la emancipación significaba excluirlo del abrigado refugio del núcleo familiar” (...), (Echenique, 1998, pág. 9)

Dicho acto generaba ciertas circunstancias, una de ellas es que el hijo recuperaba su capacidad patrimonial, es decir que era apto para tener

sus propios bienes y administrarlos, sin embargo, esta situación también ocasionada la *capitis deminutio mínima*, misma que es considerada como una disminución en la capacidad, en este caso el hijo emancipado dejaba de pertenecer a su familia conservando su libertad y ciudadanía.

En la antigua Roma, el proceso de emancipación era complejo así que el pater familias optaba por realizar un negocio simulado que consistía en vender a su hijo por tres ocasiones, el comprador debía desertar en la venta, de esta manera al hijo se le otorgaba su libertad e independencia, lo mismo se optaba en la adopción, sin embargo bajo el imperio de Justiniano, dicho procedimiento cambió, y el pater podía emancipar a su hijo mediante la decisión de un Juez, la decisión de emancipar a un hijo era irrevocable.

### **1.3 Definición de patria potestad**

Después de realizar el análisis histórico de la familia romana, es importante contrastar la evolución de la patria potestad con la actualidad, a fin de comprobar la evolución de esta importante institución del derecho.

Existen diversas definiciones acerca de la patria potestad, para su ejercicio intervienen dos personas, las están obligados a ejercerla los padres y sobre quienes recae este derecho, es decir los hijos. Deben existir ambos sujetos para que pueda surgir esta institución.

En la legislación ecuatoriana, el Código Civil determina que la patria potestad es un conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados, para diversos autores esta institución es un derecho que tienen los padres en relación a sus hijos, para otros es un derecho del menor recibir la protección y crianza de sus padres, es importante manifestar que más que un derecho, es una obligación para los progenitores. La patria potestad proviene del latín *patria potestas*, se instituyó en la antigua Roma y la misma significa atribución a los padres, es decir que los padres gozan de autoridad sobre sus hijos.

El autor Galindo Garfias acerca de la patria potestad, manifiesta:

Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil), (Garfias, 1973, pág. 564).

El autor en su definición manifiesta que la patria potestad es una creación de la ley, con el fin de brindar amparo y ayuda a los menores de 18 años que no han sido emancipados, la patria potestad generalmente es ejercida por los progenitores del menor sin distinción de si fue concebido dentro o fuera del matrimonio, en el supuesto de que exista adopción lo ejercerán los padres adoptivos, esta potestad se aplica para la guarda del menor, para su sustento, educación, habitación, salud, labores del hogar, etc. Otros autores también definen la patria potestad de la siguiente manera:

Para Dávalos Ramírez:

La patria potestad, representa actitudes y facultades –dirigidas hacia un objeto, o a favor de algo o alguien ejercido y concedido a los padres, con el objeto de procurar el cuidado y protección de sus hijos desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o emancipación y de sus bienes, pudiendo en algunos casos, hacer uso de ellos, (Ramírez, 2011, pág. 3).

La catedrática Isabela Aguilera precisa:

Podríamos definir la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores tienen respecto a sus hijos menores o incapaces, para garantizar su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de los bienes, tendente a conseguir un adecuado desarrollo de la personalidad de los hijos, (Aguilera, 2018, pág. 2)

El significado de la patria potestad en el Derecho Moderno, gira en torno al conjunto de jurisdicciones otorgadas a ciertas personas quienes les corresponde ejercer este derecho, Monserrate incluye además de los

padres, a los abuelos (en algunas legislaciones), adoptantes, (Monserrate, 2020).

De acuerdo a las diversas definiciones de autores se puede expresar que la patria potestad, es un derecho que poseen generalmente los progenitores sobre sus hijos, sin embargo, estos no están exentos de limitaciones, suspensión o pérdida de la patria potestad, mismas que se pueden ocurrir por diversas razones, cuando hay suspensión, el padre, la madre o ambos podrán solicitar al Juez que se les restituya dichos derechos cuando las causas que motivaron a la suspensión desaparezcan, cuando hay la pérdida, se entregará al niño o niña no emancipado a un tutor.

La patria potestad se instituye por mandato de ley y no solamente corresponde a la crianza del menor, también incluye la administración de los bienes que el mismo pueda adquirir, puede ser ejercida por ambos progenitores de manera conjunta o solamente uno de manera independiente bajo un mutuo acuerdo, acerca de quién puede ejercer o no la patria potestad, Rafael de Pina declara que (...) “la puede ejercer (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”, (Pina, 1991, pág. 132).

La patria potestad es un derecho que ayuda a proteger al menor no emancipado, es obligatorio para los progenitores ya que es un mandato de la ley, lo deben ejercer únicamente los padres, a menos que se encuentren impedidos de hacerlo ya sea por suspensión o pérdida, este derecho es irrenunciable ya que se encuentra amparado por la ley, Constitución y Tratados Internacionales y por último constituye un deber para los padres.

#### **1.4 La patria potestad en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

El Estado garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes en diversos cuerpos normativos, el Código Orgánico de la Niñez y

Adolescencia regula todos los aspectos referentes a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, garantiza el desarrollo integral de los mismos y el goce de sus propios derechos y establece la patria potestad como un deber para los padres y un derecho para los menores.

Referente a la patria potestad, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia determina en el artículo 105:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley, (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La definición que brinda el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es precisa, la obligación de la patria potestad en primer lugar corresponde a ambos padres, los mismo juegan un papel fundamental en el desarrollo de los menores ya que muchas veces los hijos son el reflejo de los padres, y a través de ellos podrán formar su carácter y sus aptitudes.

En cuanto a las reglas para ejercer la patria potestad, el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece:

(...), 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 a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
3. - Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4. - Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, 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. (...), (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La ley establece ciertas reglas para la patria potestad en el caso de divorcio de los padres de un menor no emancipado, el primer numeral del artículo determina que los progenitores podrán de común acuerdo establecer quien será el más idóneo para ejercer la patria potestad del menor, y el progenitor que no obtenga la custodia ejercerá los derechos que le correspondan, el acuerdo se realizará respetando el interés superior del menor.

El segundo numeral determina que en el supuesto de que no existiera un acuerdo entre ambos progenitores, el Juez será la persona quien deberá tomar la decisión de a quien le corresponde ejercer la patria potestad, sin embargo, si el hijo o hija es menor de doce años, la patria potestad se confiará a la madre, pues bien, para abordar el tema es fundamental conocer que el artículo 21 del Código Civil recopila una clasificación de las personas de acuerdo a sus edades y las clasifica como infantes, púber e impúberes y mayores de edad, el artículo determina:

Art. 21.- Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos, (Código Civil, 2005).

Los infantes son aquellos que no han cumplidos siete años, Los impúberes son los varones que no han alcanzado los catorce años de edad y las mujeres que no han cumplido los doce años, la diferencia en este punto es que el Código Civil a diferencia del Código Orgánico de la Niñez

y Adolescencia, clasifica a las personas por su capacidad reproductiva, la mujer en este sentido madura más rápido que el hombre, es por ello la diferencia de las edades, sin embargo el CONA en el artículo 4 determina, que “niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad”, (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Siguiendo con la clasificación del Código Civil, los menores adultos son quienes han cumplido doce o catorce, siempre que no hayan cumplido los dieciocho años de edad ya que a aquellos se los llama mayores de edad. La diferencia entre los menores ya sean púberes e impúberes como se había mencionado, radica en que los menores púberes son aquellos que por su capacidad fisiológica están en condiciones de reproducción, los menores impúberes son aquellos que no tienen esa capacidad, en cuestiones legales tampoco poseen la capacidad de celebrar contratos, por ejemplo, los menores impúberes no pueden casarse y se consideran absolutamente incapaces.

Es importante considerar que, aunque el menor sea púber o impúber, eso no implica que tanto la madre como el padre sean idóneos para ejercer la patria potestad del menor, la custodia del menor siempre se le debe atribuir al padre o a la madre que pueda brindarle mejores condiciones de vida y bienestar tanto físico como emocional, existen diversos criterios que el Juez debe tener presente al momento de atribuir la patria potestad de un menor a uno de los progenitores, se debe tomar en cuenta la salud mental de los padres, a fin de que los mismos puedan brindarle al menor un espacio seguro.

El compromiso de los progenitores es esencial ya que ambos pueden tener las mejores condiciones y brindarle un espacio adecuado al menor, sin embargo, también deben tener la disposición de cuidar al menor, el Juez de igual manera debe tomar en cuenta la relación que han tenido los progenitores con sus hijos.

El tercer numeral manifiesta que los niños o niñas que han cumplido los doce años de edad, se encontrarán bajo la patria potestad del progenitor

que tenga una mayor estabilidad en diversos sentidos para poder proteger el menor de edad, brindándole un desarrollo más adecuado. El cuarto numeral determina que, si ambos progenitores pueden brindarle las mismas condiciones de estabilidad y bienestar al menor, se va a preferir a la madre sobre el padre para ejercer la custodia del menor, referente a este numeral, no existe una explicación cierta del porque se prefiere a la madre antes que el padre en el caso de que ambos sean idóneos para brindarle los mejores cuidados al menor.

El quinto numeral, hace referencia a que la guarda y custodia del menor de edad no se podrá otorgar a la madre o al padre que se encuentre en alguna de las causales del artículo 113 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, mismas que se refieren:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija. (...), (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Las causales mencionadas hacen referencia a la pérdida judicial de la patria potestad, si uno de los progenitores o ambos realiza alguno de estos actos, por resolución judicial se encontrarán privados de ejercer la patria potestad, en caso de que lo hagan ambos progenitores, se entregará la guarda y custodia del menor a un tutor.

El último numeral, refiere a que los padres, ya sea por suspensión, pérdida de la patria potestad o en caso de cualquier tipo de incapacidad

que les permita ejercer la misma, el Juez le otorgará la custodia a un tutor, mismo que puede ser pariente llamado por la ley de cualquiera de los progenitores, en el caso de que no exista un pariente que pueda hacerse cargo del menor, el Juez lo pondrá en adopción.

### **1.5 La tradición social y la preferencia a la madre dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

El hecho de que las normas contempladas en la legislación ecuatoriana, le den un beneficio o prioridad a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad en caso de separación de los progenitores, se basa en lo anteriormente analizado, en la antigüedad las mujeres desempeñaban el papel de cuidadoras del hogar, realizaban todas aquellas actividades para mantener una vivienda estable y se encargaban de los hijos, mientras que el hombre era el proveedor del hogar, quien trabajaba para brindarles el sustento necesario que requería la familia.

El papel que desempeñaba tanto la mujer como el hombre, se encontraba muy marcado en la antigüedad, la mujer debía encargarse del hogar ya que al no tener los mismos derechos que los hombres, no podían trabajar en cualquier lugar ni realizar ciertas actividades que se decía que eran diseñadas para el hombre, hecho muy distinto a la realidad, actualmente los hombres como las mujeres tienen la capacidad de realizar cualquier tipo de labor, hay un término que se debe tomar en cuenta dependiendo del contexto histórico en que se encuentre la terminología y es el rol de género.

A lo largo de la historia desde los tiempos arcaicos, las personas atravesaron diversos procesos para aprender a adaptarse y consecuentemente sobrevivir, el más importante de todos, fue la unión de los individuos ya que la construcción de una sociedad aumentaba las posibilidades de supervivencia, en este proceso la conducta de cada individuo en la sociedad se fue asimilando de acuerdo al rol de género que debían adoptar según fueran hombres o mujeres. El rol de género se refiere a la conducta, cualidades y deberes sobre el cual las mujeres se encontraban sometidas al hombre en las sociedades antiguas.

Se puede manifestar que el rol de género no es igual a la identidad de género de una persona, la identidad se refiere a las cualidades biológicas del ser humano, el rol de género equivale al grupo de reglas impuestas por la sociedad que determinan todos aquellos aspectos que pueden desempeñar tanto hombres como mujeres, se puede manifestar que es un elemento dado por la sociedad acerca de la idea que se tiene por femineidad y masculinidad, por ejemplo, las niñas juegan con muñecas y visten con faldas, los varones deben jugar con carros de juguete y visten con pantalonetas, este término crea una diferencia entre ambos sexos, y de igual manera puede crear una desigualdad social.

La sumisión de la mujer al hombre se origina en el patriarcado, en donde el hombre tenía la mayor autoridad y el dominio sobre el género femenino, el patriarcado es un régimen autoritario existente desde las épocas más primitivas de la historia incluso hasta la actualidad en diversas regiones del mundo, sin embargo, en la actualidad el rol de género se ha diversificado, en razón de que tanto la mujer como el hombre han sido víctimas de las reglas impuestas por la sociedad, las mujeres han sido limitadas al concepto que se tiene por femineidad, “deben ser buenas madres, esposas y deben encargarse del hogar”. De igual manera el hombre ha sido víctima por las expectativas que se tiene sobre su conducta, valor, fortaleza, autonomía, etc.

Según la socióloga y política ecuatoriana Doris Soliz Carrión:

Los estudios de género han mostrado que, (...). La participación de la mujer en los otros roles, es desvalorizada frente al del hombre, así como la participación del hombre en el rol reproductivo es poco aceptada culturalmente: se crean así las brechas entre los dos sexos y un conjunto de inequidades, (Carrión, 2002, pág. 94).

La socióloga Soliz Carrión, se refiere a que existe una limitación marcada en diversas actividades sobre la participación de la mujer y el hombre en la sociedad, esto se debe a la construcción social que se ha desarrollado desde hace miles de años, como se ha mencionado este sistema social genera desigualdades en cuanto a las cualidades o características que son estereotipadas para ambos sexos y también acerca

de los espacios que se encuentran determinados para las mujeres y los hombres.

Las desigualdades de género, muchas veces se construyen desde el núcleo básico o primario, es decir desde la familia, ya que, a través de la misma, sus miembros van adquiriendo su carácter, creencias, ideologías, comportamientos, etc. La familia es en donde se distinguen los valores y reglas para el hombre y la mujer, es ahí donde se solidifican los roles de género y se exteriorizan hacia la sociedad, lo que afecta a todos los aspectos o elementos que componen la misma, desde un aspecto político, económico, cultural, legal, educacional, etc.

Los padres son los primeros en transmitir estos valores, mismos que adquirieron de sus padres de igual manera, por ende, se podría deducir que todas estas reglas impuestas responden a una tradición social, ya que fueron adquiridas desde hace muchos años atrás en donde las personas no podían gozar plenamente sus derechos. Marcos Arévalo, define a la tradición social de la siguiente manera:

La tradición es una construcción social que cambia temporalmente, de una generación a otra; y espacialmente, de un lugar a otro. Es decir, la tradición varía dentro de cada cultura, en el tiempo y según los grupos sociales; y entre las diferentes culturas, (Arévalo, 2004, pág. 67).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en el año de 1948, proclama en su preámbulo, que la misma fue creada como un ideal común en donde los diversos países deben respetar su contenido y transmitirlo a los individuos, instituciones, etc. Se debe promover a través de la educación y enseñanza, a fin de que se aplique de manera universal en todos los territorios, el artículo 7 de dicha declaración manifiesta:

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación, (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

El Ecuador forma parte del conjunto de países miembros de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo tanto, se compromete a cumplir a cabalidad con lo comprendido en la declaración, el artículo antes mencionado proclama el principio de igualdad como aquel principio que debe ser ejercido por todos los ciudadanos, sin importar su raza, sexo, creencias, ideologías, condiciones económicas, etc. Las personas son iguales ante la ley, sin embargo, existen diversas circunstancias en donde no se cumple con dicha norma, por ejemplo, en la guarda y custodia de un menor.

Anteriormente citado, el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el numeral 2 y 4 indica que en la separación de los progenitores existen ciertas reglas para otorgar el ejercicio de la patria potestad entre ellas, el numeral 2 manifiesta que cuando no existe un acuerdo sobre quien va a ser el responsable de ejercer la guarda y custodia del menor, la patria le pertenecerá al padre que demuestre mejores condiciones, sin embargo la ley manifiesta que si el hijo es menor de doce años, le pertenecerá a la madre, el numeral 4 indica que si los padres tienen las mismas condiciones, de igual manera se va a preferir a la madre.

De acuerdo al artículo mencionado, es evidente que la norma legal otorga una preferencia o beneficio a la madre en el caso de la guarda y custodia de un menor de edad cuando sus progenitores se han separado. No existe una causa específica para determinar las razones sobre las cuales la norma brinda tal beneficio ya que, de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tratado internacional sobre el cual el país ecuatoriano forma parte; declara que ambos progenitores deben ser iguales ante la ley, sin embargo, la realidad es diferente.

La norma expresa con claridad una suerte de privilegio a la madre incluso si ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones, es decir que en el caso investigado acerca de la guarda y custodia de un menor de edad, la ley minimiza al hombre y lo transforma en el sujeto menos apto para cuidar a sus hijos, sin embargo, si el padre o la madre se encuentran en igualdad de condiciones, quiere decir que ambos son

idóneos para brindarle a sus hijos el mejor desarrollo y vida que puedan, tanto el padre como la madre se encuentran en su capacidad física, psicológica, financiera, etc. para ejercer el cuidado del menor, entonces ¿Cuál es la causa para dicho beneficio?

Pues bien, realizado un análisis acerca de los diversos elementos que componen la investigación, se puede determinar que la causa que proporciona un beneficio a la madre en el artículo 106 numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia responde a una tradición social, la sociedad es la que se encargó de imponer una presión social al sexo femenino, determinando que las mujeres como madres siempre van a ser las más idóneas para ejercer el cuidado de sus hijos ya que muchas personas asocian incluso el término mujer con el de una madre, por ende consideran que los hijos siempre deben permanecer al lado de su madre.

Según la tradición la mujer siempre fue la encargada del hogar y los hijos y el hombre realizaba otro tipo de actividades, sin embargo, en la actualidad las familias han evolucionado en varios aspectos, ambos padres son los encargados de proveer lo necesario para el hogar y de igual manera ambos progenitores ejercen el cuidado de los hijos sin importar al género al que pertenecen, tanto los hombres como las mujeres son idóneos para ejercer la guarda y custodia de un menor.

El cambio acerca de la manera de distribuir los roles en cada familia se ha generalizado, es decir que no evoluciono para una, sino para todas las familias que constituyen una sociedad, esta evolución debe verse reflejada también en la administración de justicia ya que la misma debe ir progresando, debe transformarse para satisfacer las necesidades o exigencias de la sociedad, la división de roles entre géneros ha dejado de ser un problema, tanto hombres como mujeres ya no pertenecen a una realidad en donde sus derechos se encontraban restringidos y solo podían cumplir con funciones limitadas.

## **CAPITULO II**

### **Análisis de la guarda y custodia, legislación comparada**

#### **2.1 Guarda y custodia**

Cuando una pareja decide formar una familia y un hogar en común, como padres son responsables por mandato de ley acerca de la guarda y custodia de sus hijos, es decir que deben procurar el bienestar físico y psíquico de los menores, no deben ocasionar actos que pongan en peligro el desarrollo integral de los mismos, también son responsables de la educación, vivienda, vestimenta, etc. Sin embargo, en el caso de que los padres ya no compartan el hogar, el aspecto de la crianza del menor se vuelve conflictivo en el caso del que no exista un acuerdo en el sentido de determinar a quién le corresponde ejercer la guarda y custodia.

Actualmente, la separación de una pareja se ha vuelto una opción muy habitual, en esta época el divorcio generalmente es considerado como la primera solución a los problemas dentro del hogar, a diferencia de la antigüedad en donde el divorcio era considerado como la última opción que se podía optar gracias a la presión de la sociedad, cuando la pareja decide tomar esta decisión, los hijos generalmente se quedan con la madre por la presunción que existe de que la madre siempre va a ser la más capaz para el cuidado de los menores.

Existen diversos factores que pueden causar rupturas familiares, ya sea por cuestiones económicas, sociales, culturales o falta de comunicación, la desintegración familiar puede ocasionar serios problemas, no solamente para los padres, generalmente es más severo para los hijos, ya que ellos mantuvieron relaciones afectivas con ambos padres y les cuesta aceptar la separación de los mismos.

##### **2.1.1 Definición**

En palabras del autor Ragel Sánchez:

La palabra "guarda" tiene numerosas acepciones, (...) deriva del francés antiguo la expresión "ser una persona o cosa en guarda de uno", lo que quiere decir "estar bajo su protección o defensa". Por su parte, la palabra "custodiar" significa, en su primera acepción, "guardar con cuidado y vigilancia". Así, pues, la palabra guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está reforzada, (Sánchez, 2001, pág. 2).

El autor Ignacio Galindo de igual manera manifiesta:

(...) La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades, (Galindo, 1973, pág. 704).

Por otro lado, referente al tema, el doctrinario Guillermo Cabanelas en su diccionario jurídico elemental, manifiesta que "la custodia es la acción o efecto de custodiar. (...) sinónimo de protección, amparo, vigilancia, diligencia. (...)", (Cabanelas, 1979, pág. 86).

Las diversas concepciones mencionadas acerca de la guarda y custodia, se refieren a que el tema trata sobre mantener a una persona bajo el cuidado y la protección de otra, de una manera más específica, el hijo menor de edad debe encontrarse bajo el amparo de sus padres, quienes deben velar por la crianza y educación de los mismos, en caso de separación o divorcio de los padres, de acuerdo a la legislación ecuatoriana la patria potestad le corresponde solo a uno de ellos que ejercerá la guarda y custodia del menor, en caso de que no exista un acuerdo acerca de a quien le corresponde ejercer el cuidado del menor, dicha decisión será tomada por un Juez, a través de proceso judicial.

## **2.2 Modalidades de la guarda y custodia**

Existen diversas modalidades para ejercer la guarda y custodia en el caso de la separación de los padres de un menor de edad. La primera es la modalidad de custodia monoparental, este tipo de modalidad

generalmente ocurre cuando los progenitores se han separado bajo malos términos, y se encuentran en desacuerdo sobre la manera de crianza de sus hijos, en este caso el Juez es la persona quien tiene la potestad de decidir a quién le corresponde la custodia de los niños o niñas de manera individual.

Cuando la guarda y custodia se le otorga a uno de los padres, el otro progenitor a quien no se le ha otorgado la misma, no pierde sus derechos de padre, puede convivir con el menor de manera temporal bajo un acuerdo de régimen de visitas, no podrá deslindarse de obligaciones o responsabilidades sobre la educación, desarrollo integral, cuidado y protección del menor.

La segunda modalidad es la denominada como custodia compartida, al contrario que en la primera, esta modalidad sucede cuando los padres quieren compartir la patria potestad de sus hijos, con el fin de que ambos progenitores puedan tomar cualquier tipo de decisiones sobre sus hijos y para evitar los desapegos por parte del hijo hacia el progenitor ausente en caso de que existiera una custodia monoparental.

Pues bien, las modalidades mencionadas son las más generales, sin embargo, según diversos autores existen otros tipos de modalidades sobre la custodia del menor, la custodia alterna y repartida, en palabras de Catalán Frías, la custodia alterna se podría definir:

Es en la que se permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un período del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el período restante. Custodia partida, en la que se atribuye la custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro, (Frías, 2011, pág. 10).

Bajo esta concepción, se puede manifestar que la modalidad alterna se refiere a que ambos padres pueden gozar de la patria potestad del hijo, es decir que tienen todos los derechos y obligaciones sobre sus hijos, sin embargo, con la condición particular de que los hijos cambiaran de domicilio al del otro progenitor en diversas épocas del año acordadas por ambos

padres, después regresará al primer hogar y se repetirá la misma situación sucesivamente.

La custodia repartida o partida, este tipo de modalidad ocurre cuando los padres tienen más de un hijo, en este caso ambos tienen la potestad legal de sus hijos, sin embargo, la particularidad en este caso es que, bajo un acuerdo entre los progenitores, el número de hijo se repartirá para cada progenitor, y cada hijo tendrá que vivir bajo el techo del padre que haya elegido.

### **2.2.1 Custodia monoparental**

En Ecuador, cuando existe la separación de los padres de un menor, la custodia generalmente es monoparental, esta modalidad se puede ejercer por mutuo acuerdo de las partes, sin embargo cuando existe un desacuerdo en este aspecto, la madre por lo regular obtiene la custodia del niño o niña y tiene que brindarle la educación, cuidado y protección, mientras que el padre tiene derecho a convivir con el menor bajo un régimen de visitas acordado con el Juez y deberá realizar el pago de pensiones alimenticias, esta situación genera una limitación a los derechos del padre, ya que se encuentra relegado a pagar la manutención y convivir con su hijo bajo los términos establecidos por un Juez.

Según Catalán Frías la custodia monoparental es aquella que se otorga:

A favor de uno de los progenitores, es la forma de custodia más frecuente adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo. 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, (Frías, 2011, pág. 10).

Referente al tema, Luis Ragel Sánchez manifiesta:

Lo más decisivo y esencial para el hijo, su cuidado personal y formación, están en manos del progenitor que tiene la guarda y custodia en situaciones de separación. Se trata de los valores más importantes para el hijo durante esa época de su vida, mucho más

que los patrimoniales, y están en manos de uno sólo de sus progenitores, (Sánchez, 2001, pág. 12).

Se puede manifestar que la custodia monoparental ocurre cuando la patria potestad es ejercida solo por uno de los progenitores, quien tendrá la custodia del menor de manera permanente, el otro progenitor conservará sus derechos y obligaciones frente a sus hijos.

Existen diversos derechos y obligaciones que deben ser ejercidos por aquel progenitor que no ha obtenido la custodia de los menores ya sea por acuerdo entre las partes o por decisión de un Juez, tendrá derecho a que se establezca un régimen de visitas, obligación de prestar alimentos, derecho a comunicarse con el menor.

### **2.2.1.1 Régimen de visitas**

El progenitor goza del derecho de visitas, para mantener las relaciones parento-filiales con sus hijos, de acuerdo al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), “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”. (...), (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Conforme a la normativa vigente, el régimen de visitas puede determinarse de mutuo acuerdo entre las partes, en caso no existir dicho acuerdo, el Juez deberá determinar las visitas teniendo en cuenta diversos aspectos, entre ellos la disposición del progenitor, además el padre que no ha obtenido la custodia tiene derecho a comunicarse diariamente con sus hijos, sin ningún tipo de restricciones, mediante cualquier medio de comunicación, este derecho favorece el desarrollo emocional y afectivo de los hijos con los padres, cuando se prohíbe el contacto del progenitor con el menor, se está restringiendo el ejercicio de la patria potestad, además de que es un derecho de los hijos.

### **2.2.1.2 Derecho de alimentos**

El progenitor tiene la obligación de brindarle alimentos al menor para asegurar su subsistencia, los alimentos es un derecho que no se puede renunciar ni transferir, no prescribe y es inembargable, la prestación de alimentos se puede reclamar a través de un juicio.

El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. (...), las necesidades básicas de los alimentarios que incluye, alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; educación; cuidado; vestuario adecuado; vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; transporte; cultura, recreación y deportes; y rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva, (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

### **2.2.2 Custodia compartida**

La modalidad compartida divide la custodia física de los hijos entre ambos progenitores, es decir que los hijos tendrán dos residencias y vivirán en ellas durante un tiempo determinado de manera alternada, la custodia compartida permite que ambos progenitores puedan decidir sobre los aspectos de la vida de sus hijos llegando a un acuerdo.

El Autor Bolaños Cartujo explica que la custodia compartida:

Puede ser definida como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de sus hijos, (Cartujo, 2015, pág. 4).

Esta modalidad se elige generalmente cuando los padres se han separado en buenos términos y mantienen una relación no conflictiva, este aspecto es importante al momento de escoger la custodia compartida en razón de que los progenitores deberán tener un contacto permanente entre

sí, ya que ambos deben tomar las decisiones en común acuerdo referente a la vida de sus hijos.

La custodia compartida es una buena opción para evitar el sufrimiento del menor ya que podrá convivir con ambos padres de manera equitativa y ambos seguirán presentes en su desarrollo y educación del mismo, es sabido que la desintegración familiar afecta a los menores y en muchas ocasiones genera un desapego emocional, ya sea por uno o ambos padres, es por ello, que la buena relación de los padres y el contacto de ambos de manera regular con el menor, influye positivamente en el mismo cuando los progenitores atraviesan un proceso de separación.

### **2.3 Análisis de la legislación comparada en cuanto a la guarda y custodia**

Una vez que se han determinado los aspectos básicos de la guarda y la custodia, es importante realizar un análisis de la legislación de otros países. La sociedad se encuentra avanzando y evolucionando de manera continua, el mundo se ha convertido en un universo de nuevas realidades y por ende surgen nuevas circunstancias sociales es por ello que todas las leyes, normas, políticas, etc. se deben transformar a medida que se puedan cubrir más necesidades sociales y evitar un mayor número de injusticias provocadas por la falta de normas que protejan los derechos de los individuos.

De acuerdo a todos los aspectos analizados a lo largo de la investigación se puede desprender que en la legislación ecuatoriana si existe una vulneración al principio de igualdad en cuanto a la guarda y custodia del menor de edad en el caso de divorcio de los padres de acuerdo al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Es por ello que es necesario una reforma del artículo mencionado de manera en que se respete el principio de igualdad entre hombre y mujeres, tomando como ejemplo la legislación de otros países como México y Chile que ya han previsto y reconocido las familias en sus diversas formas

satisfaciendo las necesidades que puedan ocasionar las mismas y dejando de lado las tradiciones sociales impuestas por sociedades antiguas.

### **2.3.1 México**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su primer artículo garantiza a todos los individuos el respeto a gozar de los derechos humanos reconocidos por la propia Constitución y los Tratados Internacionales sobre los cuales forma parte el Estado Mexicano, añade además la implementación de garantías de protección a los derechos para que el ejercicio de los mismos no pueda ser limitado por razones infundadas.

El texto normativo supremo del estado mexicano impone la obligación a todos sus servidores y autoridades dentro de sus respectivas competencias, el respetar, cuidar y garantizar los derechos fundamentales de los individuos, de conformidad con los principios de universalidad, progresividad, interdependencia, etc., además prohíbe la discriminación en todas sus formas, sobre todo cuando el fin de la misma es menoscabar los derechos y libertades de las personas, (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021).

Entre los derechos fundamentales del estado mexicano se puede mencionar el derecho a ser tratado en igualdad de condiciones, a lo largo del texto normativo se puede encontrar que en diversos artículos se menciona el principio de igualdad como el camino que se debe seguir para lograr el respeto y goce pleno de los derechos, es importante mencionar que la Constitución mexicana reconoce y protege a la familia en todas sus formas.

El artículo 4 de dicha Constitución, manifiesta que la mujer y el hombre son iguales ante la ley, haciendo referencia al principio de igualdad, además añade que este principio es el que propicia el desarrollo de la familia y su protección, consagrando el principio de igualdad como la base fundamental para la organización de este núcleo primordial de la sociedad,

el enfoque del ordenamiento jurídico mexicano es progresista y garantiza el reconocimiento de los derechos humanos en base a la igualdad.

En materia de familia, en el estado mexicano las autoridades correspondientes a través de sus diversos órganos jurisdiccionales, son los sujetos que interceden en las relaciones de familia en forma de auxiliares con el fin de que en el caso de que exista un pleito donde se vulnere los derechos de un miembro de la familia, estos puedan actuar para que se efectivice dicho derecho.

En el derecho de familia es importante señalar que la patria potestad es una institución reconocida por el estado mexicano, su función es velar por el interés superior del menor y su debido cuidado al otorgarle al menor una tutela que será ejercida por una persona adulta, quien se encargará de su crianza y protección, por tanto, la legislación mexicana reconoce a esta institución como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres.

Al hablar de la patria potestad, es importante mencionar de igual manera a la guarda y custodia del menor como un medio para la protección del mismo, en la legislación mexicana como en la ecuatoriana la guarda y custodia se otorga en el caso de que exista una separación o divorcio de los padres del menor, ambos conservarán la patria y potestad con sus derechos y obligaciones, sin embargo, la guarda y custodia se entregará a uno de los progenitores.

El artículo 416 del Código Civil Federal, señala:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, (...) con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos, (...), (Código Civil Federal, 2021).

De acuerdo al artículo anterior, el Código Civil Federal determina que, en caso de divorcio cuando existe un desacuerdo sobre quien deberá

ejercer la guarda y custodia del menor, se deberá llevar a cabo un proceso judicial en donde el Juez de lo familiar deberá tomar la decisión, sin embargo, el Juez debe cumplir con una serie de requisitos que lo ayudarán a tomar dicha decisión, debe escuchar a los menores que puedan expresarse, debe valorar las pruebas y alegaciones de las partes y la relación que tengan con sus hijos para tomar una decisión adecuada siempre en beneficio del menor.

Al igual que en las leyes ecuatorianas, hace poco tiempo en el estado mexicano, cuando los padres de un menor se divorciaban la guarda y custodia del hijo generalmente se otorgaba a la madre, sin embargo en la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana determinó que las madres y padres tienen exactamente el mismo derecho para salvaguardar el interés superior del menor, por tanto el Juez al momento de tomar una decisión, debe resolver teniendo en cuenta el principio de igualdad de género, realizando un estudio sobre quien es el progenitor más idóneo que pueda brindarle al menor un mejor desarrollo integral y bienestar emocional y psicológico.

El artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal era el que determinaba al igual que artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que el ejercicio de la guarda y custodia del menor de doce años le corresponde a la madre, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia en sentencia en contra de un amparo indirecto considero que dicha norma genera una distinción en función del género, no cumple con los estándares del test de igualdad, en tanto no es una medida idónea para satisfacer de una mejor forma el interés superior del menor, y vulnera el principio de igualdad, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020).

Considera además que ambos progenitores son capaces de ejercer el cuidado del menor, salvo que se demuestre que bajo la custodia de uno de ellos el menor se exponga a algún tipo de peligro, otorgando un privilegio a la madre, el Juez estaría limitado de poder evaluar quien de los dos progenitores es el más apto para brindarle el ambiente más adecuado al

menor, la preferencia que se pudiera otorgar a la madre confirma los roles de género tradicionales.

### **2.3.2 Chile**

En América Latina una gran cantidad de países renunciaron a la idea de que exista un beneficio hacia la madre sobre la guarda y custodia de un menor de edad por las diversas razones ya expuestas, otorgando la custodia a cualquiera de los progenitores mediante la reforma de leyes, acorde con el principio del interés superior del menor y el respeto al principio de igualdad y no discriminación.

Chile es uno de los países que ha dejado los estereotipos de género en la guarda y custodia de un menor de edad, desde el año de 2013, a raíz de la Reforma del Código Civil chileno se generó una ley que elimina el beneficio de la madre sobre el padre en la custodia del hijo, dicha ley también potencializó los derechos y deberes de los padres basándose principalmente en la corresponsabilidad parental.

El Código Civil chileno consagra en su cuerpo normativo las reglas relativas a la patria potestad de un menor de edad, desde el artículo 224 en adelante determina que el cuidado personal de los hijos es de común acuerdo entre los padres, ambos deberán participar en la vida de sus hijos de manera activa siempre que esto garantice un mejor desarrollo y formación de los hijos, es decir que ambos podrán determinar quien deberá ejercer el cuidado del menor o podrán hacerlo de manera compartida.

En el caso de que no exista un acuerdo entre los padres, los hijos deberán continuar bajo el cuidado del padre o de la madre con quien se encuentren conviviendo, sin embargo, el Juez será quien deberá tomar la decisión sobre el cuidado personal del menor, dicha resolución se tomará bajo diversos criterios, entre ellos:

- a. La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

- b. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c. La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo.
- d. La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- e. La opinión expresada por el hijo.
- f. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- g. El domicilio de los padres.
- h. Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo, (Código Civil Chileno, 2013).

El Juez bajo ningún motivo podrá tomar su decisión en base a la economía de los progenitores, es decir que el juzgador no podrá tomar particularidades de los progenitores y usarlos para discriminarlos, cabe mencionar que en la Constitución Política de la República de Chile se menciona el principio de igualdad de derechos y dignidad como una obligación para el Estado y al mismo tiempo impone el deber de resguardar y proteger dicho principio.

El artículo 19 numeral 2 de la Constitución chilena señala que dicho instrumento asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados, (...). Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, (Constitución Política de la República de Chile, 2005).

Es evidente que en Chile no existe una vulneración al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el otorgamiento del cuidado personal del menor en razón de que sus normas permiten que el juzgador pueda realizar una evaluación exhaustiva bajo diversos criterios con el fin de determinar quién es el padre más apto para ejercer este derecho teniendo

en cuenta el interés superior del menor y la opinión del niño, niña o adolescente.

## **CAPITULO III**

### **Necesidad de reformar el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

#### **3.1 El principio de igualdad**

Para poder determinar si es necesaria una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se debe analizar los aspectos básicos del principio de igualdad y si existe una vulneración a este principio en el artículo 106 del CONA, de igual manera se analiza desde la perspectiva del interés superior del menor, a fin de verificar si dicha norma cumple con lo establecido para determinación de dicho derecho.

La Constitución de la República en su preámbulo, manifestó que el Ecuador como una población soberana resolvió construir una nueva forma de armonía ciudadana, en donde existe una diversidad de culturas que deben ser respetadas, así como también la dignidad de las personas y colectividades, donde domine la equidad y la igualdad, garantizando todos los derechos del ser humano, la vida, salud, educación, igualdad y no discriminación entre otras. De igual manera, la Constitución determina en el artículo 11 numeral 2 acerca de los principios sobre cuales se regirá el ejercicio de los derechos:

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

El catedrático Francisco Praeli concibe a la igualdad en una doble dimensión:

Por un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el

derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación, (Praeli, 1997, pág. 63).

Praeli en su definición, hace referencia a que la igualdad es un derecho que puede ser exigido de forma individual, es sinónimo de democracia, ya que en un estado de derechos siempre deben existir principios rectores o valores superiores a las normas que rigen el ordenamiento, uno de ellos es el principio de igualdad, todo ser humano es igual ante la ley y no debe ser discriminado por su etnia, sexo, identidad de género, religión, ideología, condición, o por ninguna forma de discriminación.

En términos jurídicos, la igualdad es aquella que determina que existe una identidad entre varias personas, dicha identidad es la equivalente a los derechos y obligaciones, con la igualdad se puede garantizar el ejercicio de dichos derechos y obligaciones, aunque las condiciones de sus titulares sean distintas, los derechos se pueden ejercer de la misma manera.

El principio de igualdad puede ser visto en diversas dimensiones, ya sea como un tipo de igualdad política, una igualdad formal o ante la ley, o como la igualdad material o real, es importante conocer cada una de estas dimensiones para poder entender a este principio fundamental en todas sus partes.

Igualdad política: influye en el mejoramiento del régimen democrático, en otras palabras, se refiere a la manera sobre la cual se reparte el poder político en una sociedad, este tipo de igualdad se vincula con la libertad de participación ciudadana, los ciudadanos tienen el derecho de optar o exigir el cumplimiento de sus derechos.

La igualdad política se puede entender de dos maneras, la primera en cuanto a la igualdad que tiene el pueblo de elegir a sus mandatarios o representantes, y la segunda manera se refiere a la forma sobre la cual se va a distribuir el poder político.

La igualdad formal o ante la ley es un principio fundamental que conforma la base sobre el cual se encuentran constituidos los estados democráticos y de derechos, este principio al ser esencial se ha contenido en casi todas las constituciones, esta definición es una de las más importantes en el análisis de la investigación.

La igualdad ante la ley según diversos autores, es aquella que hace referencia al precepto sobre el cual, no se debe realizar ningún tipo de discriminación a las personas que se encuentren bajo un mismo ordenamiento jurídico, es decir las normas se aplican de la misma manera para todos los ciudadanos de una sociedad determinada que se encuentre bajo el mismo régimen.

Los órganos jurisdiccionales son aquellos entes encargados de garantizar el ejercicio de los derechos que se encuentran plasmados en la ley, por tanto, al momento de aplicar dichos derechos no pueden discriminar donde la ley no discrimina, dichos órganos siempre deben asumir este principio fundamental.

Igualdad material o en la ley: se refiere a que el legislador al momento de expedir una ley, siempre debe hacerlo de manera en que la ley pueda aplicarse por igual para todos los ciudadanos y debe producir los mismos efectos, no puede existir ningún tipo de distinciones infundadas en la ley, existe un límite constitucional sobre el cual no se puede crear normas que contravengan el principio de igualdad.

La diferencia entre la igualdad formal y material radica en que la igualdad formal o ante la ley, es un derecho que pertenece a todos los individuos, es decir las personas tienen que ser tratadas bajo las mismas condiciones, la ley se aplica de igual manera para todos, la igualdad material o en la ley es una obligación impuesta para aquellos que generan leyes, la obligación es la de crear las mismas condiciones y oportunidades para los individuos bajo un mismo ordenamiento jurídico a través de una ley.

### **3.1.1 Convenios y tratados sobre el principio de igualdad**

Existen diversos tratados, convenios o pactos, etc, que consagran dentro de su contenido diversos derechos fundamentales, y tienen la finalidad de que todos esos derechos puedan ser ejercidos por los individuos, sobre todo si se trata de garantizar el principio de igualdad ya que el mismo constituye la base para crear derechos y obligaciones.

Como primer punto, es transcendental mencionar la Carta de las Naciones Unidas, la misma es de carácter internacional y tiene el objetivo de resolver diversos problemas que acontecen en la humanidad, se firmó el 26 de junio de 1945, contiene un preámbulo, 19 capítulos y 111 artículos, este instrumento internacional es esencial ya que la Carta de las Naciones Unidas fue pionera en crear políticas orientadas a generar el respeto hacia el principio de igualdad y no discriminación en razón del género, en su preámbulo se puede apreciar que la intención del instrumento es reafirmar los derechos fundamentales, la dignidad y la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

La Carta de las Naciones Unidas contiene diversos artículos que hacen referencia al principio de igualdad, proclamando que el mismo es la base soberana de su organización y sus miembros, también declara que el propósito del instrumento es fomentar entre las diversas naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y no discriminación, (Carta de las Naciones Unidas , 1945).

El segundo instrumento a tratar es la Declaración Universal de los Derechos Humanos compuesta por un preámbulo y 30 artículos, la declaración es considerada uno de los documentos más importantes en la historia acerca de los derechos fundamentales, la misma formuló diversos derechos accesibles a todo ser humano, mismos que pueden ser ejercidos en condiciones de igualdad, este tratado internacional al día de hoy sigue siendo uno de los instrumentos más relevantes al momento de aplicar el principio de igualdad.

La Declaración de los Derechos Humanos expresa la igualdad de sexo desde su primer artículo, manifestando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, el artículo 7 expresa el principio de igualdad ante la ley y la protección que el Estado debe brindar contra cualquier tipo de discriminación. Referente al derecho familiar en el artículo 16 numeral 1 se puede observar, que la declaración es muy clara al momento de afirmar que tanto los hombres como mujeres tienen derecho sin ningún tipo de limitación a instituir una familia y de igual manera podrán disfrutar los derechos derivados de la misma ya sea dentro de un matrimonio o fuera del mismo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al igual que los antes mencionados, es un tratado multilateral que garantiza el ejercicio de derechos civiles y políticos, de la misma manera en su contenido consagra el principio de igualdad entre hombres y mujeres como una obligación para todos aquellos Estados que forman parte del pacto, así mismo deben adoptar diversas medidas para asegurar la igualdad de derechos civiles y políticos.

Existen diversos convenios de la (OIT) Organización Internacional del Trabajo por ejemplo el Convenio 111 que de igual forma contempla el principio de igualdad de oportunidades entre ambos sexos en el ámbito laboral, como una manera de dejar atrás las restricciones laborales que tenían las mujeres, el mismo plantea el principio de igualdad salarial entre hombre y mujer cuando realizan el mismo trabajo.

### **3.2 El interés superior del menor**

El principio del interés superior del menor ha sido tratado en varios textos internacionales, en el Ecuador se puede concebir al Interés superior de los niños y niñas como uno de los principios rectores sobre el cual se basa el ordenamiento jurídico, su aplicación es obligatoria en todos aquellos procesos sobre los cuales la decisión se relaciona a los derechos de los niños o niñas.

La Convención de los Derechos del Niño, firmada y ratificada por 192 Estados, se ha convertido en uno de los Convenios acerca de los derechos de los niños más importantes dentro del ámbito Internacional, siendo este uno de los documentos más aceptados a nivel Internacional, expresa claramente en el artículo 3 la obligación que tienen los Estados parte de atender de manera fundamental este principio, ya que requieren un cuidado y protección especial.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, trae una definición a cerca del principio del interés superior del menor, el artículo 11 señala:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento, (...), (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Montejo Rivero catedrática de la Universidad de Camagüey y autora de diversas publicaciones, define al principio como:

Un bien jurídico protegido por las legislaciones, que se hace tangible a la hora de tomar decisiones relativas a los derechos de la niñez y la adolescencia. Éste sirve como una suerte de herramienta jurídica cuando se produce algún tipo de antagonismo o contraposición entre los derechos del menor y los de otra persona, ante esta situación la autoridad competente tiene la responsabilidad y obligación de resolver de la manera más justa y efectiva, pero siempre garantizando los derechos del niño, niña o adolescente, (Rivero, 2017, pág. 10).

Según la Defensoría de la Niñez, este principio fundamental significa:

En que todas las decisiones que se tomen en relación a un niño, niña o adolescente deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio de derechos.

Para ello, lo que tenga que decir el niño o niña es fundamental para poder determinar ese interés superior. No basta con que un adulto

dictamine lo que él piensa que es mejor para ellos, sino que debe considerar sus opiniones, (Defensoría de la Niñez, 2021).

Entonces se puede definir al principio del interés superior del menor como la superioridad que tienen los derechos de los niños o niñas, este principio responde a la satisfacción de los derechos de los niños, ya que siendo un grupo vulnerable en situaciones que se comprometan dichos derechos, siempre se debe velar por los mismos, para garantizar el correcto desarrollo a la integridad física o psíquica del menor, es decir que en circunstancias donde se deba decidir, se debe tomar en consideración lo más conveniente para el menor de acuerdo a sus necesidades físicas y su desarrollo emocional.

Este principio tiene una importancia muy significativa al grado de que, en el Ecuador, la existencia de este principio se encuentra en la cúspide de la jerarquía normativa cuando se trata de garantizar los derechos de los menores, es por ello que se puede determinar que este principio es un poderoso instrumento jurídico para la protección de los derechos de los niños o niñas.

De acuerdo a las diversas concepciones de autores, se puede determinar que el principio del Interés Superior del Menor otorga diversas directrices de funcionamiento para garantizar el cumplimiento de los derechos, entre las directrices se puede mencionar la función instructora, esta función es una guía para los administradores de justicia acerca de las decisiones que se deban tomar para efectivizar los derechos de los niños o niñas, la segunda es la función necesaria, la misma impone la obligación de su cumplimiento en cualquier ámbito, la tercera función es la de regular las normas jurídicas, con el fin de garantizar constantemente los derechos de los niños o niñas.

Por un lado, es cierto que el concepto del Interés Superior del niño o niña otorga una garantía para el cumplimiento de sus derechos, sin embargo, por otro lado, el mismo concepto se torna indeterminado, en el sentido de que dicho concepto se presta para diversas interpretaciones lo que ocasiona que la toma de decisiones basadas en este principio,

vulneren en ciertas circunstancias la seguridad jurídica, ya que muchas de dichas decisiones se encuentran afectadas por aspectos socioculturales por ello no existe garantía de que las normas del ordenamiento se apliquen de manera objetiva e imparcial.

### **3.2.1 La determinación del interés superior del menor**

Como se ha mencionado, el interés superior del menor debe tomarse en cuenta sobre las circunstancias que afecten directamente a los niños o niñas, para ello, se debe valorar y establecer lo más conveniente para garantizar y resguardar los derechos de los menores, esta determinación se realiza de manera particular, de acuerdo a las circunstancias del niño.

Según la Guía para la evaluación y determinación del interés superior del Niño en los procesos judiciales aprobada el 4 de febrero del 2021 por el Pleno del Consejo de la Judicatura, para evaluar y determinar el interés superior existen tres pasos:

1. Paso Uno: Obtención y Recaudo de Información.
2. Paso Dos: Evaluación del Interés Superior del Niño.
3. Paso Tres: Toma de Decisiones – Determinación del Interés Superior del Niño, (Guía Interés Superior del Niño, 2021).

Dichos pasos, son elementos que influyen en la toma de decisiones que afecten a los niños o niñas, el primer elemento, hace referencia a que, al momento de considerar el principio de Interés Superior, se debe obtener aquella información que ayude a determinar los derechos que han sido vulnerados para el menor de edad, se puede realizar a través de una investigación.

El segundo elemento consiste en realizar una evaluación individual acerca de todos aquellos aspectos indispensables que vayan a determinar el entorno de un menor ya que no se podría emplear un sistema de manera

idéntica para todos los casos, es importante tomar en cuenta diversos elementos como edad, género, discapacidad, salud, etc. El tercer y último elemento es la toma de la decisión a través de la recolección de los dos últimos elementos, la decisión que se tome debe garantizar los derechos de los niños de manera constante.

### **3.3 La vulneración del principio de igualdad en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor**

La guarda y custodia de un hijo como se ha mencionado es una decisión tomada por un Juez sobre entregar el cuidado y protección del menor a uno de los progenitores en el caso del divorcio de los mismos, esta institución ha causado diversos inconvenientes ya que existe una evidente desigualdad de género entre el padre y la madre, establecido así en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Tomando en cuenta lo planteado, es importante mencionar que el contenido de los Tratados Internacionales de derechos humanos impide cualquier tipo de leyes, políticas o comportamientos que discriminen individuos, las condiciones de las personas como sexo, identidad cultural, raza, salud, educación, nacionalidad, etc. no podrán justificarse para tratos discriminatorios, el Estado como una organización política encargada de establecer un orden social, tiene la obligación de erradicar cualquier tipo de conductas orientadas a discriminar a una persona.

En el Ecuador, en el año de 2020 se han registrado más de 14.000 divorcios según las cifras del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), el mayor porcentaje de divorcios en hombres se encuentra entre los 35 - 39 años de edad con el 17,0%; mientras que, las mujeres se encuentran entre los 30 - 34 años de edad con 18,0 % respectivamente. Las mujeres presentan un mayor porcentaje de divorcios en las edades tempranas en comparación con los hombres, (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2021).

En el Ecuador existe un gran porcentaje de familias monoparentales, en donde la mujer generalmente es la persona quien afronta la responsabilidad del cuidado y protección de los menores, este hecho dentro de un tema laboral, genera una doble carga para las mismas ya que estas deben trabajar para su sustento y al mismo tiempo cuidar a sus hijos, lo que es sabido que en algunas ocasiones minimiza las posibilidades de que puedan crecer profesionalmente, sobre todo si no tienen un sistema de apoyo, además de ello genera exclusión del padre y desigualdad tanto como para el hombre, así como para la mujer, la causa es que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, beneficia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia del menor, imponiendo la responsabilidad de la custodia sobre la misma en diversas circunstancias y minorizando al padre.

El artículo 66 numeral 4 de la Constitución señala que se garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, la Constitución como ley suprema del Estado, prevé impedir todos aquellos actos, conductas o actitudes discriminantes hacia cualquier individuo, el artículo 67 señala que se reconoce a la familia en sus diversos tipos y sus integrantes gozaran de igualdad de derechos y oportunidades.

De igual manera se debe tomar en cuenta que, el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; este cuerpo normativo no hace ninguna excepción al principio de igualdad, proclamando que no se puede discriminar por ninguna razón, menos en razón del género de una persona, añadiendo además que 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, (Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Como se puede observar la Constitución como norma suprema y diversas normas internacionales consagran el principio de igualdad y no aprueba ningún tipo de acto discriminatorio, sin embargo, la realidad es

diferente en razón de que existe una evidente vulneración al principio de igualdad en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad, ya que al darle un beneficio a la madre se estaría discriminando al padre en razón del género.

La discriminación es un acto a través del cual se hace una distinción que atenta contra la igualdad de oportunidades, la norma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia al otorgarle el beneficio a la madre sobre la custodia de los menores, claramente crea una desigualdad de oportunidades entre el padre y madre de un menor, ya que en este caso no es el Juez que a través de una investigación puede determinar quién es la persona más adecuada para ejercer esta responsabilidad en base al principio del interés superior del menor, existe la presunción legal de que la madre siempre va a ser la más idónea.

Cabe mencionar que la paternidad es una construcción social como se ha venido mencionando, las normas en diversas ocasiones responden a tradiciones sociales que se han impuesto desde tiempos arcaicos en donde los derechos se encontraban limitados, la función principal del ordenamiento jurídico es lograr satisfacer los derechos de los individuos e imponer un control social, la sociedad constantemente se encuentra evolucionando y así como la sociedad, las normas también deberían encontrarse en una constante evolución.

En la actualidad existen muchos casos en donde los padres luchan día a día en los juzgados familiares por poder convivir un poco más con sus hijos, ya que en el Ecuador aún se mantienen los roles de género que han dejado las construcciones sociales arcaicas, la presunción legal de que la madre es la más apta para ejercer este cuidado responde a la tradición social, sin embargo, se debe analizar si este hecho en realidad garantiza o no el interés superior del menor.

### **3.3.1 El interés superior del menor frente a la vulneración del principio de igualdad en el otorgamiento de la guarda y custodia**

El interés superior del menor, es el principio aplicado a todas las situaciones en donde se ven afectados los derechos de los niños, niñas o adolescentes, con el fin de determinar lo más conveniente para que el menor pueda ejercer sus derechos con libertad, como se ha mencionado el concepto de Interés Superior tiene un carácter indeterminado y puede generar diversas interpretaciones, esto le otorga una cualidad subjetiva ya que no se puede determinar con claridad su alcance.

Este principio internacional de derechos humanos, al no tener limitaciones, se convierte en una noción flexible, susceptible de utilizarse de maneras incorrectas, sin embargo, es uno de los principios más importantes de los niños, niñas o adolescentes ya que través de este principio se respetan y garantizan los derechos de los mismos.

Si bien es cierto el principio del Interés Superior del menor se determina a través de tres pasos, la recolección de información, la evaluación y por último la toma de la decisión por parte de la autoridad correspondiente, sin embargo, como se ha mencionado este principio puede mal utilizarse al ser susceptible de varias interpretaciones, es por ello que las autoridades correspondientes deben abstenerse de cualquier tipo de prejuicios o estereotipos, de manera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalo que:

En casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

La Corte Interamericana recomienda referente al caso de la guarda y custodia del menor que se debe respetar el principio de igualdad y no discriminación al mencionar que en el caso de la custodia del menor no debe intervenir ningún tipo de prejuicios o criterios personales para la determinación y evaluación del Interés Superior del niño, niña o adolescente, ya que al contrario se tomarían decisiones incorrectas y arbitrarias que no estarían protegiendo efectivamente los derechos de los niños, y además estarían transgrediendo los derechos de los padres.

La realidad de la legislación ecuatoriana difiere de lo que recomienda la Corte Interamericana, en razón de que las normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia deben garantizar que se cumplan a cabalidad los derechos de los niños, niñas o adolescentes, sin embargo, la norma establecida en el artículo 106 está vulnerando el principio de igualdad en cuanto a la guarda y custodia, al no brindarle la oportunidad al padre sin una razón justificable para que este pueda ejercer la patria potestad en diversas circunstancias.

El artículo 106 no garantiza el cumplimiento debido del Interés Superior del Menor, es importante mencionar que los niños, niñas y Adolescentes tienen derecho a ser escuchados, la Corte Interamericana referente a este derecho también señaló:

La Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

El artículo 106 señala que luego de oír al niño, niña o adolescente se observaran diversas reglas que se encuentran en el contenido de dicho artículo, entre ellas señala que la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, también en el caso de que

ambos progenitores se encuentren en igualdad de condiciones se preferirá a la madre, cuando este hecho no afecte al Interés Superior del Menor.

Se puede desprender de esta circunstancia que la ley ya determina automáticamente la custodia del menor como un privilegio hacia la madre, cuando de acuerdo a la guía para determinar el Interés Superior del menor, cada caso debe ser tratado de manera particular respetando el derecho del menor a ser escuchado, pero como se podría respetar dicho derecho si el mismo no influye en la toma de decisión ya que la determinación de la custodia ya se encuentra dada hacia la madre, vulnerando además el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte Interamericana señaló que no se puede aplicar correctamente el Interés Superior del Menor si no se respeta el derecho del mismo a ser escuchado por ende el artículo 106 no garantiza en su totalidad el Interés Superior del Menor, vulnera el principio de igualdad y existe la necesidad de que se reforme dicho artículo, en el Ecuador existen diversos aspectos sociales sobre los cuales todavía se debe trabajar arduamente, las leyes deben satisfacer las necesidades de los ciudadanos y sobre todo proteger a los grupos de atención prioritaria o grupos vulnerables, buscando el equilibrio entre los diversos derechos y respetando los principios fundamentales.

### **3.4 Resultados de las entrevistas**

Para obtener mayores resultados de la investigación, se elaboró una entrevista que contiene 5 preguntas para dar respuesta a las variables del tema de estudio, la entrevista se realizó a 4 sujetos específicos que por su profesión tienen un criterio más aproximado al tema investigado, es decir los resultados se tomaron a partir del criterio de abogados en libre ejercicio profesional.

#### **3.4.1 Análisis y discusión de resultados**

Luego de recabar los resultados del tema investigado que han sido obtenidos a través de la técnica de la entrevista aplicada para abogados en libre ejercicio profesional, es importante realizar la discusión de los hallazgos, tomando en consideración los temas investigados previamente y el criterio propio.

Como primer punto se estableció a manera de interrogante si es que existe una norma jurídica que determine el motivo por el cual la madre es la persona más apta para obtener la guarda y custodia de un menor, los 5 entrevistados coincidieron en que no existe una norma jurídica que de sustento al hecho de que la madre se considere como la más apta para ejercer el cargo de cuidar a un menor de edad sobrepasando los derechos del padre, como lo determina el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de esta manera se puede evidenciar que dicha norma no tiene una base o un fundamento legal para otorgar dicha preferencia.

La segunda interrogante planteada a los entrevistados fue cuales son las razones que ellos consideran que motivaron la inclusión de esta preferencia de la madre sobre el padre en la ley, como se analizó anteriormente, no existe un fundamento legal sobre la cual se construyó el artículo de dicha manera, es por ello que de acuerdo al criterio de los entrevistados como profesionales del Derecho se llegó a la conclusión que dichas motivaciones son de índole subjetivas, es decir que todos consideran que la única motivación para el beneficio es gracias a los roles de género que han sido asignados tanto como para hombres y como para mujeres.

La sociedad ha sido la única responsable de limitar los derechos y capacidades de los hombres y mujeres, como se ha mencionado en varias ocasiones en el trabajo investigativo, los roles de género tienen una visión limitada y restrictiva, los roles son los que determinan que los hombres

como jefes del hogar son los más aptos para proveer alimentos y las mujeres las más indicadas para mantener el hogar y el cuidado de los menores, es por ello que se llegó a la conclusión de que la tradición social desde las más antiguas sociedades, es el principal y podría decirse el único motivo para suponer que la madre siempre va a ser la mejor cuidadora.

La tercera interrogante aplicada en la entrevista fue si los entrevistados consideran que la guarda y custodia de un menor debe otorgarse sin que puedan influir los prejuicios de género, de igual manera todos coincidieron que los prejuicios de género no deben ser limitantes para otorgar la custodia ya que no debería analizarse el género no es correcto, no deben existir privilegios al momento de decidir sobre la vida de un niño o niña ya que no se estaría velando por el interés superior del menor.

Al otorgarle la custodia directamente a la madre en las circunstancias en las cuales la ley determina una preferencia, no se estaría evaluando las mejores condiciones para el menor ya que el otorgamiento de la guarda y custodia se vuelve automático, dejando de lado la posibilidad de realizar una evaluación para cada caso de manera particular, obstruyendo en varias ocasiones los derechos de los menores.

La cuarta interrogante se realizó para responder a la variable de si existía una vulneración al principio de igualdad en el artículo 106 numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los entrevistados coincidieron en que si existe una vulneración al principio de igualdad ya que dicho artículo es inconstitucional conforme a lo establecido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador, genera además un derecho de preferencia hacia la mujer, lo que crea inequidad entre ambos géneros.

Con los relacionado en la investigación, existen diversos Tratados y convenios Internacionales relacionados al principio de igualdad, sobre los cuales el Estado ecuatoriano forma parte, es por ello que resulta evidente que existe una grave vulneración a este principio fundamental que es la base para crear derechos.

Por último, la última interrogante de la entrevista se encuentra orientada a establecer la necesidad de realizar un cambio ante la evidente vulneración de derechos, se pidió a los entrevistados que consideren cuales serían los cambios que se deberían efectuar a fin de promover la igualdad en razón del género en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad, de dicha pregunta se puede desprender que existe una gran preocupación por parte de los entrevistados ya que de igual manera coincidieron en que la norma debe cambiar de manera inmediata.

La gran mayoría manifestaron que lo más adecuado es reformar el artículo 106 del CONA, otros determinaron que se debería modificar la forma en la que se encuentra planteado o redactado, sin embargo, se evidenció la necesidad de que cambien las circunstancias que está generando dicho artículo, ya que vulnera derechos fundamentales y derechos no solamente de los padres sino también de los hijos y de la madre al generar una doble carga.

## CONCLUSIONES

- Las normas en el ordenamiento jurídico regulan las conductas de la sociedad, además de satisfacer las necesidades de los individuos, es por ello que las mismas deben ser acatadas por todas las personas y por el Estado. El artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia numeral 2 y 4 señala que, si no existe un acuerdo entre los padres en cuanto a la guarda y custodia del menor, si el hijo es menor de doce años, se confiará el cuidado personal a la madre y si se encuentran en igualdad de condiciones, se preferirá a la madre, la interrogante en este caso es ¿Porque se prefiere a la madre antes que al padre incluso si se encuentran en igualdad de condiciones?
- Actualmente en el Ecuador la desintegración familiar por divorcio es muy común y este hecho genera diversas situaciones jurídicas, el padre ha sido tomado desde la antigüedad como el proveedor de la familia, más no como el cuidador de los hijos, de acuerdo a la investigación realizada la normativa del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia responde a una tradición social, los roles de género de sociedades arcaicas siguen latentes en la actualidad, sin embargo, la familia se encuentra en constante evolución, el hecho de que el padre sea desplazado y considerado como un proveedor incapaz de ejercer la guarda y custodia de un menor vulnera el principio de igualdad.
- El principio de igualdad es un derecho reconocido por la Constitución de la República del Ecuador y por diversos tratados internacionales sobre los cuales el Estado forma parte, el artículo 106 numeral 2 y 4 vulnera dicho principio al ser discriminatorio, por tanto, en varias legislaciones como en México o Chile se ha considerado

inconstitucional ya que no existe un argumento válido para sostener que la madre siempre es la más apta para ejercer la custodia de un menor, después del análisis de los resultados de la entrevista realizada a expertos, se llegó a la conclusión de que existe la necesidad de reformar el artículo investigado.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda suprimir cualquier tipo de preferencias en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad y realizar una respectiva evaluación para determinar cuál de los padres sería el más apto para ejercer el cuidado personal del menor.
- El Juez en materia de familia tiene el deber de verificar que no se vulneren derechos tanto como para el hombre ni como para la mujer y tratarlos en condiciones de igualdad bajo un criterio objetivo, sin dejarse influenciar por los roles de género heredados por sociedades antiguas.
- Por último, se debe realizar una reforma al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia numeral 2 y 4, por el motivo de que dicho artículo vulnera el principio de igualdad y no garantiza el interés superior del menor, se recomienda tomar como modelo otras legislaciones por ejemplo México o Chile, quienes ya han contemplado el problema y han dejado de lado las tradiciones sociales otorgándole una mayor participación al padre y sobre todo respetando el principio de igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, I. B. (21 de Noviembre de 2018). Obtenido de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/realmente-que-implica-la-patria-potestad-2018-11-21/>
- Albornoz, A. O. (2010). *Derecho Privado Romano*. Málaga: Ediciones del Genal.
- Arévalo, J. M. (2004). La tradición, el patrimonio y la identidad. *Revista de estudios extremeños*, 67.
- Baquero, M. E. (2011). *Revista General de Derecho Romano*, 5 .
- Cabanelas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Helastia SRL.
- Carrión, D. S. (26 de Mayo de 2002). *Género y Familia: Nuevas Miradas Sociales para Nuevas Realidades*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476150821006>
- Cartujo, I. B. (2015). *Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6377738>
- Chacón, J. A. (Mayo de 6 de 2010). *La familia romana, patria potestad y el parentesco*. Obtenido de [https://derecho2008.files.wordpress.com/2010/05/tema\\_8\\_la\\_familia\\_romana\\_patria\\_potestad\\_y\\_parentesco-uc1.pdf](https://derecho2008.files.wordpress.com/2010/05/tema_8_la_familia_romana_patria_potestad_y_parentesco-uc1.pdf)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (28 de Abril de 2021). Obtenido de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_280521.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf)
- Constituyente, A. N. (3 de Enero de 2003). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Obtenido de [https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo\\_ninez\\_y\\_adolescencia.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninez_y_adolescencia.pdf)
- Constituyente, A. N. (10 de Mayo de 2005). *Código Civil*. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (5 de Octubre de 2010). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>
- Defensoría de la Niñez*. (17 de Junio de 2021). Obtenido de [https://defensorianinez.cl/preguntas\\_frecuentes/que-significa-el-interes-superior-del-nino/](https://defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-significa-el-interes-superior-del-nino/)

- Echenique, L. (1998). *La patria potestad y la emancipación*. Obtenido de Anuario de Derecho Civil: <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/ojs/index.php/ADC/article/viewFile/250/151>
- Federal, G. d. (12 de Enero de 2021). *Código Civil Federal*. Obtenido de <https://app-vlex-com.vpn.ucacue.edu.ec/#search/jurisdiction:EC,MX/codigo+civil+federal/WW/vid/42578683>
- Frías, M. J. (2011). *La Custodia Compartida*. Obtenido de <http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/574/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf?sequence=1>
- Galindo, I. (1973). *Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa.
- Garfias, G. (1973). *Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa.
- General, A. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf)
- Guía Interés Superior del Niño*. (4 de Febrero de 2021). Obtenido de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos*. (Abril de 2021). Obtenido de [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion\\_y\\_Demografia/Matrimonios\\_Divorcios/2020/Principales\\_resultados\\_MYD\\_2020.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2020/Principales_resultados_MYD_2020.pdf)
- Justicia, M. d. (17 de Septiembre de 2005). *Constitución Política de la República de Chile*. Obtenido de <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/constitucion/WW/vid/238926458>
- Justicia, M. d. (16 de Mayo de 2013). *Código Civil Chileno*. Obtenido de <https://app.vlex.com/#vid/238897330>
- Miquel, J. (1984). *Lecciones de Derecho Romano*. Barcelona: Marcial Pons.
- Monserate, C. M. (Junio de 2020). *La Patria Potestad en Ecuador*. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/50515/1/Claudia%20Franco%20BDER-TPrG%20064-2020.pdf>
- ONU, A. G. (26 de Junio de 1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Obtenido de <http://www.amt.gob.ec/files/lotaip2015/01/docs/CartaNacionesUnidas.pdf>
- Paterna, C. (24 de Diciembre de 2009). *Influencia de las variables de género en la distribución de las tareas domésticas y de cuidado*.

- Obtenido de [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-96902009000200005](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-96902009000200005)
- Perell, C. F. (2006). *El origen de los poderes del "Paterfamilias": El "Paterfamilias" y la "Patria potestas"*. Obtenido de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552006000100002](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100002)
- Pina, R. d. (1991). *Diccionario de Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Praeli, F. J. (1997). *Principio de Igualdad y Derecho a la Discriminación*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6082916>
- Quisbert, E. (2006). *Derecho Romano, Las XII Tablas*. Bolivia: CED.
- Ramírez, C. D. (2011). *Patria potestad y Tenencia*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6571/1/T-UCE-0013-Ab-252.pdf>
- Rivero, J. M. (25 de Abril de 2017). *Infancia-adolescencia, Estados Y Derecho. Una visión constitucional*. Obtenido de <https://revistas.ucm.es/index.php/SOCI/article/download/55884/51609/>
- Sánchez, L. F. (2001). *La Guarda y Custodia de los Hijos. Derechi privado y Constitución*. Obtenido de [file:///C:/Users/GlobalOffice/Downloads/Dialnet-LaGuardiaYCustodiaDeLosHijos-229886%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/GlobalOffice/Downloads/Dialnet-LaGuardiaYCustodiaDeLosHijos-229886%20(1).pdf)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación*. (14 de Agosto de 2020). Obtenido de *Semanario Judicial de la Federación*: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021979>
- Trejo, C. A. (10 de Diciembre de 2013). *Relación de la Familia según el Derecho Romanos y en la Actualidad con la Legislatura Ecuatoriana*. Obtenido de <https://www.eumed.net/rev/cccss/26/familia-legislatura-ecuatoriana.pdf>
- Volterra, E. (1967). *Famiglia Romana*. Milán: ED.

## **ANEXOS**

# RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

**Abg. Wendy Romero Noboa**

**Abogada en libre ejercicio profesional**

## ***Entrevista N° 1***

---

**Pregunta Nro. 1:** La madre posee derecho preferente según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, no hay norma que determine el motivo por el cual posee dicho derecho.

**¿Considera Ud. que existe una norma jurídica, que determine el motivo por el cual la madre es la persona más apta para obtener la guarda y custodia de un menor? Justifique su respuesta.**

---

**Pregunta Nro. 2:** ¿Qué razones considera Ud. han motivado la inclusión en la ley de una preferencia de género hacia la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?

Por motivaciones subjetivas, una vinculación entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario.

---

**Pregunta Nro. 3:** Si porque se debe analizar la prolijidad de la persona independientemente de su género sin sesgos ni privilegios.

**¿Considera Ud. que la guarda y custodia de un hijo, debe otorgarse sin que influyan prejuicios de género? Justifique su respuesta.**

---

---

**Pregunta Nro. 4:** Si existe una vulneración ya que el artículo en cuestión está desarrollando un derecho preferente dando beneficio a la madre.

**¿Considera Ud. que el artículo 106 sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia numeral 2 y 4, existe una vulneración al principio de igualdad en razón del género?, y ¿Por qué?**

---

**Pregunta Nro. 5:** ¿Qué La motivación para otorgar la guarda y custodia no debe ejecutarse en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para promover la igualdad en razón del género en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?

La motivación para otorgar la guarda y custodia no debe orientarse por el género sino por la capacidad y salud mental de la persona.

---

**Abg. Ángel Javier Velastegui**

**Abogado en libre ejercicio profesional**

***Entrevista N° 2***

---

**Pregunta Nro. 1:** No existe una norma como tal que establezca el motivo por la cual hay una preferencia de género para el cuidado de los menores, en caso

**¿Considera Ud. que existe una norma jurídica, que determine el motivo por el cual la madre es la**

---

---

**persona más apta para obtener la guarda y custodia de un menor? Justifique su respuesta.** de existir dicha norma sería inconstitucional por orden de discrimen.

---

**Pregunta Nro. 2: ¿Qué razones considera Ud. han motivado la inclusión en la ley de una preferencia de género hacia la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?** La razón se debe evidentemente a una mala formación de los legisladores al momento de establecer normas, ya que los mismos lo han realizado sin conocimiento de causa y sin tener los suficientes argumentos jurídicos y constitucionales.

---

**Pregunta Nro. 3: ¿Considera Ud. que la guarda y custodia de un hijo, debe otorgarse sin que influyan prejuicios de género? Justifique su respuesta.** Evidentemente debe otorgarse sin prejuicios de género, la responsabilidad debe ser compartida de los padres, deberían tomarse en cuenta motivos de orden social, salud o cualquier otra circunstancia que vaya a perjudicar a los niños, pero nunca razones de género.

---

**Pregunta Nro. 4: ¿Considera Ud. que el artículo 106 sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia numeral 2 y 4, existe una vulneración al** Si, existe una violación a la igualdad de género ya que dicha norma es inconstitucional y va en contra de los derechos humanos.

---

---

**principio de igualdad en razón del género?, y ¿Por qué?**

---

**Pregunta Nro. 5: ¿Qué cambios considera Ud. deberían ejecutarse en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para promover la igualdad en razón del género en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?**

Considero que debería modularse adecuadamente como debe estar redactado el artículo en el caso contrario lo que debería hacerse es que, a través de informes técnicos, el congreso debe reformar este artículo específicamente.

**Abg. Juan Martín Muñoz**

***Entrevista N° 3***

---

**Pregunta Nro. 1:**  
**¿Considera Ud. que existe una norma jurídica, que determine el motivo por el cual la madre es la persona más apta para obtener la guarda y custodia de un menor? Justifique su respuesta.**

No existe en si una norma jurídica, sin embargo, el artículo 106 numeral 2 determina que a falta de acuerdo se conferirá la guarda prefiriéndose siempre a la madre.

**Pregunta Nro. 2: ¿Qué razones considera Ud. han motivado la inclusión en la ley de una preferencia de género hacia la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?**

Es un tema social principalmente de roles de género, uno de los roles de género que ha sido otorgado a la mujer desde que inicio la historia de la humanidad ha sido de cuidar a los menores, rol que ha ido cambiando, sin embargo, quedan

---

---

rezagos del mismo como se puede evidenciar en el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

---

**Pregunta Nro. 3:**  
**¿Considera Ud. que la guarda y custodia de un hijo, debe otorgarse sin que influyan prejuicios de género? Justifique su respuesta.**

Jurídica y socialmente hemos avanzado mucho, el hecho de limitar la guarda y custodia por tema de prejuicios de género no es correcto ni éticamente, ni moralmente peor aun jurídicamente como se lo viene haciendo en el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

---

**Pregunta Nro. 4:**  
**¿Considera Ud. que el artículo 106 sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia numeral 2 y 4, existe una vulneración al principio de igualdad en razón del género?, y ¿Por qué?**

Si existe una vulneración al principio de igualdad conforme al artículo 11 numeral 2 de la Constitución, en donde nos señala entre otras palabras que nadie puede ser discriminado por diversos motivos entre ellos por su género, en este caso existe una clara discriminación, primeramente, al género masculino ya que se está prefiriendo al género femenino, es decir a la madre para que represente a sus menores cuando no exista acuerdo, situación que evidencia una clara vulneración a este derecho.

---

---

**Pregunta Nro. 5: ¿Qué cambios considera Ud. deberían ejecutarse en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para promover la igualdad en razón del género en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?**

Con el fin de estar de acuerdo con todo el bloque de constitucionalidad, es decir incluyendo a los Tratados Internacionales de derechos, se debe realizar una reforma urgente al artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia en su numeral 2 y 4 ya que existe una clara vulneración al principio de igualdad en cuanto al género, situación que afecta no solo al padre sino también a la madre de los menores por lo tanto se debería hacer una reforma.

**Abg. María Fernanda Yaulema**

**Directora de la Fundación Nosotras con Equidad.**

***Entrevista N°4***

---

**Pregunta Nro. 1:**  
**¿Considera Ud. que existe una norma jurídica, que determine el motivo por el cual la madre es la persona más apta para obtener la guarda y custodia de un menor? Justifique su respuesta.**

No existe un registro jurídico ya que es de índole social más no jurídico.

---

---

**Pregunta Nro. 2: ¿Qué razones considera Ud. han motivado la inclusión en la ley de una preferencia de género hacia la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?**

Los roles asignados a las mujeres que nos han dado durante décadas para ser cuidadoras de los hijos, es por eso que la sociedad nos ha consignado este papel, sin embargo, no se ha considerado que no todas las mujeres pueden cuidar a sus hijos y los hombres tienen también la capacidad de ser cuidadores.

---

**Pregunta Nro. 3: ¿Considera Ud. que la guarda y custodia de un hijo, debe otorgarse sin que influyan prejuicios de género? Justifique su respuesta.**

Si considero que se debe otorgar la custodia sin los perjuicios que incluyen los géneros, se debería realizar un informe técnico al momento de otorgar la custodia para que el niño este protegido.

---

**Pregunta Nro. 4: ¿Considera Ud. que el artículo 106 sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia numeral 2 y 4, existe una vulneración al principio de igualdad en razón del género?, y ¿Por qué?**

El artículo 106 si vulnera el principio de igualdad, ya que no se le otorga la custodia al padre solo por el hecho de un rol social, sin considerar que también pueden ser buenos cuidadores, esto genera una inequidad.

---

**Pregunta Nro. 5: ¿Qué cambios considera Ud. deberían ejecutarse en el Código**

Considero que debe reformarse el artículo y la custodia debe otorgarse de acuerdo al bien

---

**Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para promover la igualdad en razón del género en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor?** jurídico protegido que en este caso sería la protección del niño y su derecho a tener una familia bajo los parámetros constitucionales, pero también en donde se garantice su real protección.

Cuenca, 24 de septiembre del 2021

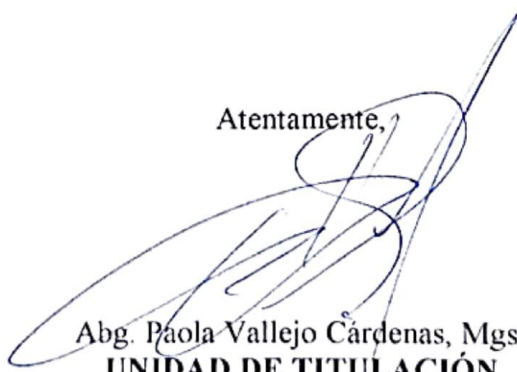
**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA  
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada por el estudiante **VANESSA ALEJANDRA GARCIA ORTEGA** con número de cédula **0650260078** titulado **“ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD”**, indica un 5% de índice de similitud, 3% de fuentes de internet, 2% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,

  
Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.  
**UNIDAD DE TITULACIÓN  
CARRERA DERECHO**



## CENTRO DE IDIOMAS

### RESUMEN

El trabajo de investigación con el título: Análisis del principio de igualdad entre hombre y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad, tiene como propuesta realizar una reforma al artículo 106 numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en razón de que este artículo vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres al otorgarle un beneficio a la madre para ejercer la custodia del hijo, además, dicho artículo no garantiza el interés superior del menor. En el Ecuador es un tema que debe abordarse en razón de las vulneraciones cometidas contra los padres, la madre es la persona que generalmente ejerce la custodia de los hijos sin que se realice una debida evaluación para determinar cuál de los padres será quien pueda brindarles las mejores oportunidades a los menores, este hecho no garantiza el interés superior del menor, además vulnera el principio de igualdad por cuestiones de género, es por ello que existe la necesidad de realizar un cambio a fin de que se puedan efectivizar los derechos tanto de los padres como de los niños, niñas y adolescentes.

**PALABRAS CLAVE: PRINCIPIO DE IGUALDAD, VULNERACIÓN, DISCRIMINACIÓN, GÉNERO, NORMA**



## CENTRO DE IDIOMAS

### ABSTRACT

The research work entitled: Analysis of the principle of equality between men and women in the granting of guardianship and custody of a minor, has as a proposal to reform Article 106 paragraph 2 and 4 of the Organic Code of Childhood and Adolescence since it violates the principle of equality between men and women by granting a benefit to the mother to exercise custody of the child; additionally, this article does not guarantee the best interests of the child. In Ecuador, this is an issue that should be addressed due to the violations committed against parents, the mother is the person who generally exercises custody of the children without a proper evaluation to determine which of the parents will be the one who can provide the best opportunities for the children. This fact does not guarantee the best interest of the child, it also violates the principle of equality by gender issues, that is why there is a need to make a change to make effective the rights of both parents and children, and adolescents.


**KEYWORDS: PRINCIPLE OF EQUALITY, VIOLATION, DISCRIMINATION, GENDER, NORM**



**CENTRO DE IDIOMAS**

Cuenca, 12 de octubre de 2021

**EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO**

  
**Janneth Adriana Suquinagua Alvarado**  
**SECRETARIA CENTRO DE IDIOMAS**



Cuenca, 30 de septiembre del 2021

**Señor Doctor**

Ernesto Robalino Peña

**DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**Su despacho**

De mis Consideraciones

**CULCAY VILLAVICENCIO IVÁN PATRICIO**, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de la estudiante **GARCIA ORTEGA VANESSA ALEJANDRA** con número de cédula **0650260078** titulado "**ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD**", debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:

  
**DR. CULCAY VILLAVICENCIO IVÁN PATRICIO, MGS.**  
**DOCENTE TUTOR**



**EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

**INFORMA:**

Que, **GARCIA ORTEGA VANESSA ALEJANDRA C.C. 0650260078**, de la carrera de **DERECHO**, presento su diseño de Trabajo de Titulación con el Título **“ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD”**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **14 de mayo de 2021**, previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 24 de septiembre de 2021.

**AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR, MGS**

<b>Elaborado por:</b>	Ing. Paola Campoverde, Mgs	
<b>Revisado por:</b>	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs	
<b>Autorizado por:</b>	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs	





**Vanessa Alejandra García Ortega** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0650260078. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“Análisis del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **12 de octubre de 2021**

**Vanessa Alejandra García Ortega**

**C.I. 0650260078**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

**Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo**

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA**

**OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**TÍTULO:**

**ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y  
MUJERES EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN  
MENOR DE EDAD**

**AUTOR:**

**VANESSA ALEJANDRA GARCÍA ORTEGA**

**TUTOR:**

**DR. IVAN PATRICIO CULCAY**

**CUENCA - ECUADOR**

**2020 - 2021**

### **1) TEMA:**

El principio de igualdad frente al interés superior del niño.

### **2) TÍTULO DEL PROYECTO:**

Análisis del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad.

### **3) MARCO CONTEXTUAL:**

El principio de igualdad es un derecho que garantiza que todas las personas sean tratadas de la misma manera por la ley, la Constitución de la República del Ecuador garantiza el principio de igualdad manifestando que todas las personas gozan de los mismo derechos, deberes y oportunidades sin distinción de edad, sexo, identidad de género, etc; es decir, ninguna persona puede ser discriminada por dichas razones. La tenencia es considerada como una circunstancia sobre la cual un niño, niña o adolescente se encuentra bajo la guarda de personas quienes deberán brindarles el cuidado respectivo.

De acuerdo a lo conceptualizado se puede verificar que la tenencia es un derecho utilizado entre padres e hijos, esta institución le da la potestad a uno de los padres para que ejerza el cuidado de los hijos en el caso de separaciones o divorcios, para obtener la tenencia debe ser autorizado por un Juez, velando por el interés superior del niño. La convivencia entre los padres y los hijos se genera a través de la tenencia, es la base para ejercer los derechos y el cumplimiento de las diversas obligaciones con los hijos, la tenencia a su vez genera relaciones personales entre padres e hijos por la convivencia en común.

En el caso de divorcio cuando existen niños menores de doce años, las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad se encuentran previstas en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el mismo determina que, cuando no existe un acuerdo entre los padres para ejercer la custodia de un menor de edad, siempre que no hayan cumplido doce años, se confiará a la madre aun cuando ambos progenitores demuestren igualdad de condiciones. La ley claramente hace

una distinción beneficiando a la madre, pues bien, una de las posibles causas para esta vulneración es que la legislación ecuatoriana responde a una tradición cultural en donde existía una marcada y evidente división de roles, la familia ha ido evolucionando y la legislación no se encuentra actualizada ya que todavía confiere el derecho de guarda y custodia del menor a la madre, en caso de divorcio de sus progenitores, violentando de esta manera el principio de igualdad reconocido por la Carta magna o Constitución de la República, Leyes y Tratados Internacionales.

Para generar un cambio se debe luchar contra estos estereotipos de género para que se comprenda que la crianza de un menor, es una corresponsabilidad en la que el hombre también debe participar. Desde un punto de vista legal, es necesario cumplir las garantías constitucionales, esta propuesta de investigación se encuentra orientada en proveer un principio de igualdad, tanto al hombre como a la mujer y no como está previsto en la legislación actual de acuerdo al estudio que se realizará en este caso.

#### **4) PROBLEMA:**

¿Existe una vulneración al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el Código de la Niñez y Adolescencia respecto al otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad en caso de divorcio?

#### **5) OBJETO DE ESTUDIO:**

Examinar si existe una vulneración al principio de igualdad entre hombres y mujeres, por cuanto la norma legal concede un derecho a la madre sobre la guarda y custodia del menor de edad en el caso de una separación de sus progenitores.

#### **6) CAMPO DE ACCIÓN:**

El presente trabajo de titulación tiene la siguiente normativa como campo de acción:

- Constitución de la República del Ecuador.
- Convenios y Tratados Internacionales.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

- Código Civil.
- Legislación comparada.
- Doctrina.

## **7) LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE LA CARRERA:**

Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

## **8) OBJETIVO GENERAL:**

Analizar si es necesaria una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para la inclusión del principio de igualdad, en el otorgamiento de la guarda y custodia de menores.

## **9) OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Determinar las causas que dan preferencia a la madre, dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para el otorgamiento de la guarda y custodia de menores.
- Analizar la legislación comparada de países de la región, en torno al otorgamiento de la guarda y custodia de menores.
- Establecer si son necesarias reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que garanticen la igualdad tanto al hombre como a la mujer, en el otorgamiento de la guarda y custodia de menores.

## **10) TIPO DE INVESTIGACIÓN:**

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, el mismo se basa en métodos de recolección de datos, en el estudio no se efectuará una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico, es decir, a lo largo del desarrollo de la investigación se recolectarán y se analizarán fuentes documentales y doctrinales referente al tema, además se realizarán entrevistas para proponer soluciones al problema planteado.

Se aplicará la teoría fundamentada como un tipo de investigación desde el enfoque cualitativo, misma que basa su planteamiento en las preposiciones teóricas que

surgen de los datos obtenidos en la investigación, con el fin de establecer la necesidad de reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que garanticen el principio de igualdad.

## **11) MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL:**

La apología principal de la normativa contemplada en la legislación ecuatoriana, que da prioridad a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad en caso de separación de los progenitores, se basa en el hecho de que en la antigüedad las mujeres estaban destinadas al cuidado del hogar y los hijos. La familia desde tiempos arcaicos ha sido considerada como el elemento fundamental de la sociedad y constituye así el núcleo social básico de la misma.

En el derecho romano este núcleo estaba gobernado solo por un paterfamilias o padre de familia, quien tenía el mando sobre toda la familia, la patria potestad no recaía únicamente sobre sus propios hijos, sino también sobre los hijos de éstos, es decir que ésta potestad se ampliaba sobre todos sus descendientes; el paterfamilias incluso tenía el derecho de disponer sobre la vida de todos aquellos que se encontraban bajo su cuidado, la mujer se encargaba del cuidado de los menores, sin embargo no ejercía la patria potestad de los hijos.

Si bien es cierto la mujer en la antigüedad fue desplazada y carecía de derechos, en Grecia, el autor Rafael Iranza, señala que el filósofo Aristóteles consideraba que la mujer era vista como un “hombre, pero incompleto y débil”, (Iranzo, 1966, pág. 48). En Roma a las mujeres no se les permitía intervenir en el mundo político y ciudadano; además, carecían de nombre propio.

Dicha apología reconoce que las mujeres a lo largo de la historia se han encontrado en una evidente inferioridad social y la atribución de roles entre hombre y mujer eran concluyentes para disponer quien tenía el mando, en la antigüedad dicho mando se encontraba en poder del hombre, quien gozaba de más funciones y actividades, es por ello que el hombre tenía un status de superioridad ante una mujer. En el Ecuador en el año de 1860, las mujeres aún no podían gozar del derecho de ejercer el cuidado de los hijos, sin embargo, dicha situación cambio

cuando en 1930 el Código Civil reglamentó dichos derechos, y desde entonces pertenece a ambos padres, (García, 1992, págs. 140 - 141).

Ahora bien, es importante manifestar que, en la actualidad, la mujer se ha empoderado y ha dejado de ser reducida a las tareas del hogar, gracias a la lucha de todas aquellas mujeres que demandaron, exigieron y convirtieron el mundo para conseguir una igualdad de género en todas las facetas como lo son en el ámbito social, político, legal, económico y familiar, entre otros. La mujer vive su vida con plenitud, autonomía y total independencia, la lucha de derechos ha logrado un avance significativo en la historia.

Es por ello que se deben abandonar todas aquellas hipótesis que señalan que la madre es la más capaz e idónea para llevar la guarda y custodia de los menores de edad, en caso de divorcio de los progenitores, dichas suposiciones obedecen a una tradición social y se basan en costumbres irracionales, la familia como núcleo social básico de la sociedad se encuentra en constante cambio ha ido evolucionando, actualmente los padres ejercen de igual manera que las madres el cargo de cuidadores de los hijos.

La evolución de las familias se a universalizado no solamente para una, sino para todas las familias que conforman una sociedad, dicha transformación debe verse reflejada también en la administración de justicia en cuanto al otorgamiento de la guarda y custodia ya que la división de roles entre hombres y mujeres, a dejado de ser un problema, la mujer ya no pertenece a la realidad en donde su única función es el cuidado del hogar y los hijos.

### **Principio de igualdad:**

La igualdad entre hombres y mujeres es una utopía que genera una visión de un sistema soberano y democrático. El principio de igualdad entre hombres y mujeres se puede contextualizar como una forma de igualdad ante la ley o bajo la ley, dicho principio reconoce que todas las personas sin distinción de género, deben ser tratadas de la misma manera por la ley, y también están sujetas a los mismos deberes y derechos emanados por la Constitución, Leyes y Tratados Internacionales; sin embargo, está concepción es insuficiente ya que todavía existen tratos desiguales,

el Ecuador se rige bajo los principios Constitucionales de Derechos y Justicia, es decir que el Estado tiene la obligación soberana de garantizar, sin distinción el goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Cabanellas (1993) en su diccionario jurídico elemental manifiesta:

IGUALDAD ANTE LA LEY. La propia generalidad de la ley (pues, si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equipar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concorra identidad de circunstancias; porque, en caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato: ambos son poseedores, pero ningún legislador se ha decidido a tratar lo mismo al de buena fe que al de mala fe, ni para adquirir, ni en cuanto al resarcimiento por gastos, mejoras y otras causas, (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993, pág. 154).

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 11 numeral 2 en cuando al principio de igualdad señala:

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 etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, (...); 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, (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21).

El artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala una serie de reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, el mismo manifiesta:

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija ;(...)

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija, (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 28).

El principio de igualdad como Derecho Constitucional, se ve vulnerado ante la existencia de una norma legal que genera una desigualdad en cuanto a la guarda y custodia de un menor de edad; si los padres se encuentran en una corresponsabilidad con sus hijos en la crianza, ¿por qué existe una condición de segregación hacia el padre?

El Estado ecuatoriano debe procurar la igualdad utilizando diversos mecanismos o medidas, sin embargo la realidad en la que atraviesa la sociedad es diferente, cuando una pareja de cónyuges decide divorciarse, existe una evidente desigualdad en cuanto a la tenencia de los hijos, dicha desigualdad radica en el pensamiento de que el cuidado de los niños es una función exclusiva de las mujeres, la patria potestad en estos tiempos es fundamental ya que la familia y sus miembros fundadores deben gozar de los mismos derechos, tanto hombres como mujeres deben cooperar y participar en el cuidado de los hijos.

### **Patria potestad:**

Potestad significa la atribución jurídica conferida a un órgano de autoridad, (Diccionario de Derecho, 2006, pág. 56).

Los menores de edad, es decir niños, niñas y adolescentes forman parte de un grupo de atención prioritaria, ya que son titulares de derechos fundamentales por el hecho de ser menores, dichos derechos también le confieren derechos y deberes a sus

padres o progenitores. Entre los derechos, existe un evidente conflicto ocasionado por la separación de los progenitores y corresponde al cuidado y protección de los hijos.

Según el Código Civil la patria potestad se puede conceptualizar de la siguiente manera:

“Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados (...),” (Código Civil, 2005, pág. 36).

Como se había mencionado, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia existe normativa en cuanto a la patria potestad, desde el artículo 106 en adelante, se establecen las reglas para conferir la patria potestad del menor; en donde se encuentra el deber de las autoridades judiciales de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes que pudieren ser escuchados y valorados en su decisión, a falta de un acuerdo por parte de los progenitores, se confiará la patria potestad a la madre cuando los hijos no han cumplido 12 años o quien demuestre mayor estabilidad emocional y madurez cumplidos los 12 años; en todos los casos la norma prevé que la decisión se adoptará siempre que sea conveniente para el interés superior del hijo o hija, (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 28).

Dicho artículo expresa de una manera clara que existe cierto tipo de privilegio en cuanto al otorgamiento de la guarda y custodia del menor, pues bien existe una gran interrogante en este sentido ¿por qué se preferiría a la madre normativamente, cuando ello implica poner automáticamente los alimentos sobre el padre? La norma en este sentido señala que la preferencia de la madre sobre el padre para el cuidado del menor existe únicamente en el caso de que los progenitores no llegaran a un acuerdo, es ahí en donde interviene el Estado como garante de derechos, para velar por el interés superior de los menores, sin embargo, la norma establece que se prefiere a la madre como cuidadora de los menores porque existe la presunción legal que es ella quien será la encargada del cuidado, por tanto se considera la más apta. Como toda presunción legal, admite prueba en contrario; por lo que se puede y de hecho debe analizar si esto garantiza efectivamente el interés superior de los niños y niñas.

## **La Tenencia:**

La tenencia según Fermín G. Chunga Lamonja se puede expresar como “Situación por la cual un menor se encuentra transitoriamente en poder de quienes no son sus padres, tutores o guardadores”, (Lamonja, 2010, pág. 36).

Según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el artículo 118 señala:

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 reglas del artículo 106 (...) (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, págs. 12 - 13).

Según Guillermo Cabanellas (1993) la tenencia se define como “(...) la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual (...)”, (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, pág. 379).

La tenencia es entonces, un derecho que concede el legislador a través de la administración de justicia, al padre o a la madre de un menor de edad que requiere de cuidado y protección.

## **Principio del interés superior del niño:**

Referente al principio del interés superior del niño, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el artículo 11 señala:

Art. 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (...), (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 21).

El interés superior del niño es un principio del Derecho, que hace referencia a que todas las decisiones que se adopten, tanto para autoridades administrativas y

judiciales cuando existan menores de por medio, deben orientarse a beneficiar al niño, niña o adolescente. Este concepto ha sido duramente criticado ya que la aplicación de este principio depende de los acuerdos aceptados socialmente, los jueces generalmente basan sus propias opiniones y dogmas al momento de dictar fallos, de igual manera cuando hablamos de una familia, existe todavía una marcada división de roles en donde se consideran las mujeres como principales encargadas del cuidado dentro del núcleo familia y a los hombres como proveedores.

La Constitución de la República del Ecuador señala en cuando al Principio del Interés Superior del Niño “(..) y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...)”,(Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34). De acuerdo a la norma mencionada, los derechos deben orientarse a satisfacer el interés superior del menor.

“(..) Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2). Si la custodia es monoparental beneficiando a la madre del menor, no se podría satisfacer los derechos de los niños a ser criados por su padre y madre de manera igualitaria, por ende, se vulnera el interés superior del menor.

### **El Derecho de Menores:**

El autor Rafael Sajón (1997) manifiesta que:

El Derecho de Menores se afirma en la democracia, en el Estado de Derecho, procurando la libertad, la justicia y la realización de la vida plena del menor, sujeto prevalente de derechos, inspirador del desarrollo y de la paz en la concepción creativa del ordenamiento jurídico, de la protección integral y del interés superior del menor y la organización familiar, objetivo de la convivencia humana, (Sajón, 1977, pág. 61).

Es considerable manifestar que el Estado tiene la obligación de establecer políticas y crear normas en favor de los grupos vulnerables, en este caso lo ideal sería la creación de leyes en beneficio de los derechos de los niños y niñas, ya que requieren

una atención especial y protección integral para que puedan desarrollar sus capacidades y potencialidades. Los niños son el futuro de las naciones, es por ello que se debe procurar protegerlos y garantizarles el goce de sus derechos de una manera íntegra.

El derecho del menor juega un rol fundamental al momento del otorgamiento de la guarda y custodia, se debe procurar que todas las decisiones que se tomen al momento de la separación de los padres, sean en beneficio del interés superior del menor.

## **12) HIPÓTESIS:**

La normativa vigente vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad en el caso de divorcio, se debe analizar si es necesario o no una nueva reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

## **13) MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN:**

Se aplicará el método analítico - sintético con el fin de percibir conceptual y jurídicamente el planteamiento del problema, dicho método nos permite acopiar, organizar y esquematizar información necesaria para obtener las bases teóricas del estudio. Además, servirá para efectuar el proceso comparativo de las legislaciones de otros países de la región en torno al principio de igualdad y el otorgamiento de la guarda y custodia de menores.

La recolección de información es un proceso sistemático que sirve para reunir información de diversas fuentes, la misma se aplicará a través del método histórico – lógico empleando entrevistas a expertos como una técnica, para obtener información acerca de las posibles causas que dan preferencia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad.

## **14) POBLACIÓN Y MUESTRA EN CASO DE SER NECESARIO:**

Se aplicará una entrevista a personal relacionado en torno a la temática de estudio, no se podrá cuantificar una muestra al ser una población pequeña, por lo cual de acuerdo a la investigación no aplica.

**15) CRONOGRAMA DE TAREAS:**

<b>ACTIVIDAD</b>	<b>MES 1</b>	<b>MES 2</b>	<b>MES 3</b>	<b>MES 4</b>	<b>MES 5</b>	<b>MES 6</b>
Selección del tema	<b>X</b>					
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos		<b>X</b>				
Procesamiento y análisis de la información			<b>X</b>			
Desarrollo del trabajo				<b>X</b>	<b>X</b>	
Revisión final						<b>X</b>

**16) FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:**

Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Constituyente, A. N. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Ediciones Legales S.A.

Constituyente, A. N. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito : Ediciones Legales .

- Constituyente, A. N. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Ediciones Legales.
- Constituyente, A. N. (2003). Código de la Niñez y la Adolescencia. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Constituyente, A. N. (2003). Código de la Niñez y la Adolescencia. Quito: Ediciones Legales.
- Constituyente, A. N. (2005). Código Civil. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Constituyente, A. N. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A. Obtenido de <https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?75&nid=1#norma/1>
- Constituyente, A. N. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito : Ediciones Legales.
- García, N. P. (1992). La Patria Potestad y su Evolución en el Sistema Civil Ecuatoriano. Guayaquil: Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Iranzo, R. G. (1966). Mujer y Filosofía. Madrid.
- Lamonja, F. G. (2010). Introducción al Derecho de Familia. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Pina, R. d. (2006). Diccionario de Derecho. México: Editorial Porrúa.
- Sajón, R. (1977). Derecho de menores. Madrid: Mendizabal Osés.