

25

Fecha de presentación: febrero, 2022

Fecha de aceptación: mayo, 2022

Fecha de publicación: junio, 2022

LA CUSTODIA

DE LOS MENORES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

CUSTODY OF MINORS AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Gitta Antonella Andrade Olvera¹

E-mail: uq.gittaandrade@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3010-2238>

Marcela Anarcaly Zambrano Olvera¹

E-mail: uq.cjuridico@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5775-0724>

César Elías Paucar Paucar¹

E-mail: uq.cesarpaucar@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2624-0427>

¹ Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Andrade Olvera, G. A., Zambrano Olvera, M. A., & Paucar Paucar, C. E., (2022). La custodia de los menores y el principio de igualdad. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S3), 248-256.

RESUMEN

La investigación realizada se abordó con un paradigma descriptivo interpretativo mediante el uso de estrategias instrumentales como la observación para comprender la problemática, enfocado en un lenguaje hermenéutico, explicativo del fenómeno en los niños y niñas. El presente artículo tiene como principal propósito analizar el principio de igualdad y hacer referencia de la custodia de los menores en el Ecuador, la redacción se ejecuta desde el análisis documental de literatura legal relacionada con la igualdad de género, la síntesis asumida es el resultado de la aplicación de la hermenéutica jurídica. Finalmente, se concluye que las relaciones familiares son complejas y que de acuerdo con el caso concreto se debe analizar qué medida es la más beneficiosa a la niñez y adolescencia, tal como propugna la doctrina predominante que la del interés superior del niño

Palabras claves: Discriminación, Doctrina de interés, Doctrina de custodia, categorías sospechosas

ABSTRACT

The research was approached with an interpretative descriptive paradigm through the use of instrumental strategies such as observation to understand the problem, focused on a hermeneutic language, explanatory of the phenomenon in children. The main purpose of this article is to analyze the principle of equality and make reference to the custody of minors in Ecuador, the writing is executed from the documentary analysis of legal literature related to gender equality, the synthesis assumed is the result of the application of legal hermeneutics. Finally, it is concluded that family relationships are complex and that according to the specific case it must be analyzed which measure is the most beneficial to children and adolescents, as advocated by the predominant doctrine of the best interest of the child.

Key words: Discrimination, Best Interest Doctrine, Custody Doctrine, Suspect Categories

INTRODUCCIÓN

Realizar un análisis sobre el principio de igualdad es una investigación extensa y compleja. En este artículo se busca de manera concreta señalar cuáles son los elementos fundamentales inmersos en este principio y su relación con la niñez y adolescencia, por lo cual se realizó un análisis doctrinario, normativo y de manera complementaria se cita algunas sentencias de la Corte Constitucional.

El eje fundamental de este trabajo es el análisis de la tenencia partiendo del concepto para después desarrollar lo concerniente a las doctrinas que existen sobre la tenencia o custodia de la niñez y adolescencia. Para con estos elementos poder hacer un análisis de las reglas de tenencia que hay en el Ecuador.

Las reglas sobre la tenencia son un tema que en los últimos años han cobrado gran importancia, en tanto han surgido grupos que cuestionan algunas de las reglas que regulan la custodia de la niñez y adolescencia. En este trabajo se hace un análisis de las reglas de la tenencia con base en la doctrina sobre la tenencia y del principio de igualdad

Las problemáticas de afectación a la igualdad en la custodia de niñez y adolescencia se hace un análisis de las reglas de tenencia y la base doctrinaria de las mismas y si estas reglas vulneran el principio de igualdad. Para concluir con este trabajo se expone las conclusiones generales que se pudo obtener de los temas estudiados, demostrando que en la legislación ecuatoriana existe una notable preferencia en otorgarle la custodia de hijo o hija a la madre. (Macazana, 2013)

“El esquema constitucional de 2008 en el Ecuador está orientado al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales a través de la constitucionalización de los derechos por la fuerza vinculante de la Constitución” (Granados, 2018), donde se logra identificar los aspectos importantes para la igualdad que tienen cada una de las personas y entre ellos los niños, derechos que son inviolables.

Según (Jiménez et al., 2019), existen varios trabajos bibliográficos donde se hacen mención sobre las consecuencias de la separación legal de los padres afectando psicológicamente a los niños, medir cuál es el impacto interparentalidad posterior a un divorcio, es necesario analizar más a profundidad sobre los efectos que pueden causar los diferentes tipos de separación o disolución conyugal sobre el comportamiento emocional, social y educativos de los menores, es importante explorar más a fondo estas Dinámicas post-divorcio y su influencia en adaptación infantil. En consecuencia, la práctica de la

coparentalidad, examinando su impacto sobre los aspectos emocionales, conductuales y educativos ajuste de los niños.

MATERIALES Y MÉTODOS

Origen y alcances del principio de igualdad: La igualdad puede ser comprendida como valor, principio o derecho. El principio de igualdad por su estructura puede ser analizado desde la dimensión formal y material, por otra parte, en su interrelación con la no discriminación. Estos conceptos forman a la prohibición de discriminación en otro principio distinto a la igualdad, aunque se interrelaciona de manera especial.

El principio de igualdad, término que es muy antiguo y la vez se ha ido modificando en las diferentes concepciones de Estado que ha existido a lo largo del tiempo. Por la extensión de este trabajo únicamente se analizará este principio desde la creación que predomina en el actual Estado constitucional.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, ese deber se concreta en cuatro mandatos: de los autores (Bernal, 2003), un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (Landa, 2002), un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común, un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y Constitución de la república del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). (Caicedo & Porras, 2010).

En cuanto a los mandatos que tiene el Estado cuando quiere aplicar el principio de igualdad en la doctrina, sobre este principio se han desarrollado algunos postulados para aplicar sobre todo un trato diferenciado que haga factible una igualdad en los hechos y no solo en el derecho.

El principal tratadista que ha escrito sobre fórmulas para aplicar los principios constitucionales es Alexy. Sobre el principio de igualdad plantea que se debe aplicar el juicio de igualdad para determinar si se está dando un trato

igual o desigual a determinadas situaciones de importancia jurídica. Por la extensión que tiene la monografía solo se menciona el juicio de igualdad de Alexy, por cuanto explicar la fórmula para aplicar este juicio llevaría más espacio del que se dispone.

Aspectos importantes sobre la niñez y adolescencia.

La tenencia en niñez y adolescencia

En el Ecuador se utiliza el término tenencia para referirse a la responsabilidad que un juez de familia le otorga a uno de los padres para el cuidado de un niño o adolescente, sea está dada ya porque ha existido un divorcio o separación familiar previa, en cierto caso puede darse por la vida judicial o por mutuo acuerdo entre los padres.

Con respecto a la tenencia o patria potestad que se utiliza prácticamente como sinónimos en el Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante CNA, la Corte Constitucional es muy clara al determinar que tenencia es un término impropio que lo adecuado sería utilizar el término guarda como se señala en el siguiente párrafo.

Sin perjuicio de considerar que la terminología jurídica de la tenencia es impropia, pues no se trata, específicamente, de ocupar y poseer una determinada cosa con ánimo de señor y dueño, la Corte Constitucional denominará así a esta institución, en razón de pertenecer tradicionalmente a nuestro ordenamiento jurídico, desde que se reguló, por primera vez, por medio de la promulgación del Código de Menores de 1969, sin dejar de indicar que la denominación apropiada debería ser guarda, que “comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual, sentencia No. 064-15-SEP-CC. (Ecuador. Corte Constitucional, 2015)

Con respecto a la tenencia, que es el término que se utiliza de manera común en nuestro medio, de conformidad con una sentencia que vamos a utilizar en la próxima sección en Chile se conoce como tuición, lo que en doctrina también se denomina custodia. Entonces en la monografía se ha optado por utilizar la palabra custodia en tanto permite acercarse al concepto de custodia compartida que es una de las modalidades de custodia que se ha mencionado este trabajo y que es una de las posturas que se contraponen a la preferencia de la madre en la custodia de un menor de edad sin antes realizar una especie de indagación previa. (Congreso Nacional de Chile, 2013).

Doctrinas vinculadas sobre la tenencia en niñez y adolescencia.

Existe la importancia de ceder la custodia del niño o niña al padre o a la madre que pueda darle una mejor estabilidad y estilo de vida donde se cubran sus necesidades, al mismo tiempo hay que considerar que las exigencias del niño o niña será en base a su edad, es por eso que hay varias doctrinas donde se expone cada exigencia a medida que va creciendo el o la niña.

Doctrina de los años tiernos

Esta es una doctrina muy interesante con lógica biológicamente natural, al inicio del siglo XIX las mujeres que daban a luz y se separaban de su pareja eran ellas quienes se quedaban con los niños recién nacidos, por el cuidado y la alimentación que la madre puede darle. A medida que la mujer era a quien se le otorgaba la custodia, ella iba obteniendo más derechos, ya que al momento de la separación los hijos se establecían con la madre, por el propio cuidado que esta podría darle, en la Constitución del Ecuador si tomamos de referencia a su artículo 44 primer y segundo inicio expresa de forma literal

[...] se atenderá al principio de su interés superior [...] Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Cuando existe una separación y hay menores de edad de por medio y no se llega a un acuerdo mutuo y se recurre a los juzgados, es el juez el encargado de otorgar la custodia de la niñez y adolescencia, al padre que mejor le brinde seguridad y bienestar, evaluar el círculo familiar – social donde este se desenvolverá, y por diversos motivos como tal vez cuidado y saciamiento alimenticio el o la juzgadora de forma general entrega la custodia a la madre. (Ferreyra, 2002)

Al verlo de esta forma considero que el padre se encuentra en una desventaja, ya que biológicamente no cuenta con los recursos de tal vez poder satisfacer necesidades del o la pequeña de meses o años de nacida, cabe mencionar que muchas mujeres cuentan con problemas para dar lactancia o peor aún se han dado casos de madres que padecen de síndromes post parto y se les complica cuidar al recién nacido y eso no es evaluado por ningún juez, no hacen un registro o un seguimiento donde se resguarde el bienestar integral del niño o niña si este no es

solicitado previamente, se protege más la maternidad por considerarse que esta le dará un mejor cuidado

Doctrina del interés superior del niño o niña o adolescente

El interés superior del niño, niña o adolescente en si trata del bienestar integral, y a que se debe el mismo, es la estabilidad general y la comodidad que sienta este grupo social en el círculo familiar donde se esté desarrollando, hay varios parámetros para poder hablar sobre el interés superior del niño, niña o adolescentes. Tiene tanta importancia el deseo del menor como el del guardador, la buena/mala relación que exista entre ambos y los otros miembros de la familia, del riesgo que exista en el lugar y ámbito familiar (la salud mental y física de todas las personas involucradas). En una forma más descriptiva también lo menciona el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, dando a conocer los mismos puntos que integrarían esta doctrina. (Naciones Unidas, 2013)

Comité de los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas, Observación General No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3 párrafo 1) (Naciones Unidas, 2013).

Si bien es cierto contamos con normativa nacional que nos da a conocer que es el interés superior del niño, niña o adolescente en la forma de definirlo y de forma literal el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia lo define así:

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 [...] Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley.

Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión de niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Ecuador. Congreso Nacional, 2003).

Pensar en Interés superior la niñez es hablar sobre su seguridad y sobre quien tenga su custodia muy lejano a que sea lo que él quiera no tanto requiera, de que serviría darle todo lo materialmente posible si existirá carencia emocional o viceversa, todo es un conjunto de armonía en la sección crianza, alimentación, educación y tiempo que se le dé al niño o niña aquel tiempo y cuidado que generará confianza y lo hará crecer como un individuo de

carácter y seguro, es por eso que considero importante la corresponsabilidad parental, es otra doctrina que integra uno de los aspectos importantes de la tenencia.

Doctrina de la co-custodia o corresponsabilidad parental

Esta doctrina en lo personal es muy interesante, en nuestra legislación la conocemos como la corresponsabilidad parental, de la misma derivan características singulares, ambos padres tienen la misma participación e importancia en la vida de su hijo, bajo ciertas condiciones y contextos puede cristalizar “El interés superior del niño, niña o adolescente” y para que esta se dé existen dos formas, una de ellas es la otorgada por la ley, siendo que ambos padres aun queriendo el bienestar del niño o niña no puedan llegar a un acuerdo y necesiten la ayuda alguien neutral para la toma de esa decisión en este caso un juzgado de familia, o la que se dan ambos padres por medio de un acuerdo sobre quien tendrá la tenencia y como se dividirán los gastos que genere en hijo en común.

La Corte Constitucional ecuatoriana habla de las doctrinas que abarcan las importancias en el desarrollo de la niñez y adolescencia y cuán vital es tomarlas en cuenta al momento de considerar la custodia a la madre o padre, desde la edad, necesidades y ciertas etapas de vida, tomando en cuenta el estilo de vida que le pueda dar el progenitor.

Cabe mencionar que en nuestra Constitución en su artículo 69 numeral 5 de forma textual manifiesta como derecho de familia: “5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.” (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Se menciona que Estado estará pendientes en que se cumpla y se dé la corresponsabilidad parental, desafortunadamente no es así, la importancia de un padre como de una madre es importante en la vida de un niño, niña o adolescente hablando de la familia convencional claro está, sin hacer a un lado que lo importante es que la figura de padre o madre brinde seguridad, estabilidad, amor y tiempo para criar y crear una persona funcional y estable emocionalmente. bajo ciertas condiciones y contextos puede cristalizar el interés...

Normativa internacional y nacional

En cuanto a la normativa internacional, hay varios instrumentos que se han elaborado para proteger a la niñez y adolescencia. Para efectos de este trabajo únicamente es necesario señalar que el interés superior del niño es un principio que se encuentra en varios artículos de la

Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Con respecto a la aplicación del interés superior del niño en las resoluciones judiciales, este principio se encuentra en el artículo 3 de la mencionada Convención. Lo concerniente a la responsabilidad de ambos padres en la crianza de los niños en aplicación del principio de interés superior de los niños consta en el artículo 18 de la Convención. Así también se nombre el interés superior del niño en caso de adopción y de privación de la libertad en los artículos 21 y 37 respectivamente.

En la legislación nacional el interés superior del niño lo podemos encontrar en el artículo 44 de la CRE. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encuentran en la sección de la CRE que prescribe sobre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

En tanto que en el CNA el interés superior del niño es un principio rector que está presente en prácticamente todo el código. Este principio se encuentra en los artículos 1, 11, 14, 22, 106, 111 y 258 del CNA. Lo referente a las reglas para determinar la tenencia de la niñez y adolescencia se encuentra prescrito en el artículo 106 del CNA.

En este capítulo que se denomina aspectos importantes sobre la niñez y adolescencia, se analiza lo que comprende la tenencia y se señala que el término que se debería utilizar de acuerdo con la Corte Constitucional es de guarda. Así también se hace un breve resumen de las doctrinas que se han elaborado sobre la tenencia. En este marco se mencionan la doctrina de los años tiernos, la doctrina del interés superior del niño y la doctrina de la co-custodia. Finalmente, se nombra la normativa internacional y nacional que sirve de referencia para establecer las reglas de la tenencia. Se detalla de manera ordenada las etapas de necesidad que tiene el niño o adolescente y el auxilio que el padre o la madre deba darle, brindar lo biológicamente necesario es indispensable, pero, darles el tiempo y la seguridad emocional es primordial.

MATERIALES Y MÉTODOS

Este apartado permite analizar la investigación aplicada desde un enfoque hermenéutico, respondiendo supuestos epistemológicos donde se determina abordar definiciones de manera científica, distinguiendo modelos del conocimiento como el materialista mecanicista, idealista y materialismo dialéctico, donde se sostiene que el único medio que posibilita el conocimiento objetivo y científico es el primer modelo, de lo expresado por (Artiñano, 2004), sostiene que “los fenómenos sociales son cosas y deben ser tratados como cosas”, el método aplicado es el inductivo el cual parte del análisis concreto del interés superior del niño, a los abstracto de la custodia.

Las metodologías técnicas e instrumentos están estrechamente ligadas a como el investigador con su experticia aborda desde el objeto de estudio y el campo de acción con principios interpretativos aplicados en el desarrollo del trabajo en razón del uso de estrategias instrumentales como la observación del fenómeno, entrevistas y diálogos en círculos de discusión profesional del derecho, y la misma aplicación de la práctica profesional de los investigadores, permitiendo una comprensión, interpretación, aplicación, con un carácter epistemológico interpretativo, contextualizado la investigación en un enfoque cualitativo.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Problemáticas de afectación a la igualdad en la custodia de niñez y adolescencia

Una vez que se ha dejado en claro que comprende la igualdad y sus elementos formal, material y la no discriminación. En este capítulo se va a analizar si existe o no una posible vulneración a estos principios cuando se determina la custodia en la niñez y la adolescencia en Ecuador.

Para realizar este propósito voy a analizar cada una de las reglas que comprende el artículo 106 del CNA. Si bien en el referido artículo se menciona la patria potestad, lo que realmente se está determinando mediante estas reglas es lo concerniente a la tenencia como se le llama en nuestro medio o la custodia como se conoce en doctrina.

En la regla uno que textualmente señala: “1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;” (Ecuador. Congreso Nacional, 2003)

En esta primera regla no existe ninguna vulneración posible, en tanto se deja que los padres se pongan de acuerdo y ese sería el escenario más favorable. Esta regla es la que más se acerca a la doctrina de la co-custodia.

Con respecto a la segunda regla la misma señala que: “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;” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2015) En esta disposición se está utilizando la doctrina de los años tiernos, se aplicaría esta doctrina porque biológicamente la madre puede satisfacer de ciertas necesidades al niño o niña que por naturaleza el padre no, como la leche materna.

Esta regla y el número cuatro han sido cuestionadas mediante una demanda de inconstitucionalidad. Una demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y

4 del artículo 106 del Código de la Niñez, que fue presentada por Farith Simón, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, el 1 de abril de 2015. Esta demanda de inconstitucionalidad sostiene que los numerales mencionados del CNA son contrarios al numeral 2 del artículo 11 y el numeral 4 del artículo 66 de la CRE que se refieren al principio de igualdad. Esta demanda tiene auto de admisión y es el Caso No. 0028-15-IN (Ecuador. Corte Constitucional, 2015a). Expresando ciertos acontecimientos es notable la preferencia de los jueces por de la madre al momento de otorgar la custodia. Por cuanto la extensión de este trabajo no permite realizar un juicio de igualdad u otra técnica constitucional para determinar si existe algún tipo de discriminación, es por tal se debe señalar que la doctrina de los años tiernos a criterio de los grupos que se oponen a esta regla de tenencia debe ser reemplazada por la doctrina de la co-custodia.

En todo caso la misma regla deja la salvedad de que el niño puede ir con el padre si la misma comprueba que con esa decisión se perjudica los derechos de los hijos. Entonces el padre tendría la posibilidad de tener al niño en su poder siempre y cuando pueda probar que esa decisión es lo más beneficio para los niños menores de 12 años.

Retomando el principio de interés superior del niño que es el principio primordial en la custodia de menores, hay que señalar que hay ocasiones en que este principio ha sido determinante para decidir la custodia, pero a su vez esta decisión ha generado que la parte que se encuentra inconforme aduzca que en la decisión existió una discriminación y que por ende se vulneró el principio de igualdad. Al respecto, en la Sentencia No. 038-17-SEP-CC la Corte Constitucional hace un análisis de los tres argumentos que fueron utilizados para que se dé la sentencia de instancia y que la Corte ratifica que esos argumentos son constitucionales y ratifica la sentencia emitida en la justicia ordinaria. (Ecuador. Corte Constitucional, 2017).

El primero relacionado con la crianza de los menores, en el que la Sala indicó que las partes procesales han expresado que los menores se encontraban bajo el cuidado de la tía paterna en virtud de la existencia de un acuerdo, sin embargo, de aquello señalaron que solo la hija se quedó con la tía desde pequeña, en tanto que el hijo fue criado por la madre.

El segundo argumento reiterativo por parte de la Sala es que no puede existir discriminación hacia los progenitores por ser portadores de VIH, y que, de conformidad con la normativa detallada, no existe ningún impedimento para que ellos puedan cuidar de sus hijos.

El tercer argumento que efectuó la Sala es el relacionado con el derecho al desarrollo integral que poseen los niños, niñas y adolescentes desde su concepción, en virtud del cual establecieron que se verifica que la niña creció junto a su tía paterna y que el niño creció junto a la madre, y que la separación abrupta del entorno en el que se han desarrollado los afectaría directamente, y que el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 118 establece la factibilidad de confiar la tenencia a otra persona diferente a los progenitores. Debido a aquello resolvieron conferir la tenencia de la niña a la tía paterna y del niño a la madre. (Ecuador. Corte Constitucional, 2017)

Entonces queda claro que, en virtud del principio de interés superior del niño, incluso se puede conferir la custodia o tenencia a un familiar, aun cuando la otra parte en contienda sea la madre del menor. En este caso para demostrar que no hubo una discriminación en razón a que los padres de los menores tenían VIH, se demostró que en la sentencia se manifestó cuáles son los derechos que tienen las personas con esta enfermedad y que el factor por el que se mantuvo la tenencia de la menor con la tía paterna fue porque desde que nació la menor creció con la tía paterna y la separación abrupta del entorno en el que se han desarrollado la afectaría directamente.

En cuanto a la regla tres, el CNA dispone lo siguiente: “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;” (Ecuador Congreso Nacional, 2003) En esta regla estamos ante la doctrina de custodia del interés superior del niño, aunque no se menciona de manera directa como si ocurre en otra regla. Aquí no existiría una vulneración al principio de igualdad de manera directa porque lo que prima es el interés superior del niño de manera genera en tenencia.

En cuanto a la regla cuatro prescribe que: “4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2015) En esta regla al igual que la regla dos se basa en la doctrina de los años tiernos. Pero el problema es que no señala la edad, sino de manera general le da preferencia a la madre. Entonces aquí si es más cuestionable que hay una posible discriminación. Esta regla si vulnera el principio de igualdad porque se dice que los dos progenitores están en igualdad de condiciones, pero, aun así, se va a dar preferencia a la madre y el principio de igualdad lo que busca es que todos estemos en igualdad de condiciones.

Cuando estamos igualados, dar preferencia a otro es discriminatorio, la acción afirmativa es para poner en igualdad de condiciones a dos personas, pero cuando ya se alcanza esa igualdad dar preferencia a una persona por sobre otra ya está generando una discriminación.

La regla quinta determina lo siguiente: “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;” En esta regla se sigue la doctrina de interés superior del niño en tal virtud que se nombre al artículo 113 que nombra las 7 causales para perder la patria potestad, las mismas que de manera resumida son: maltrato físico o psicológico, abuso sexual, explotación sexual, interdicción por causa de demencia, manifiesta falta de interés en mantener relaciones parentales, incumplimiento grave o reiterado de los deberes de patria potestad y permitir o inducir la mendicidad. En este caso no hay ninguna clase de discriminación, sino que se está buscando precautelarse la integridad física y psicológica de la niñez y adolescencia. (Macazana & Romero, 2021).

Con relación a la última regla que es el número seis, la misma señala que: “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 con las reglas generales.” (Ecuador. Congreso Nacional, 2003). En esta regla se está buscando proteger al menor, entonces estamos frente a la doctrina de interés superior del niño y no hay ningún tipo de discriminación. Se hace referencia al censo realizado por el Instituto Nacional Ecuatoriano de Censo, donde da a conocer que de los 15,918 matrimonios celebrados entre el 2017 al 2018, 1.249 hombres se quedaron con la custodia de los hijos, frente a 14.669 mujeres en esa misma condición (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2016).

En este trabajo se ha mencionado lo concerniente a las reglas de la patria potestad de que, como ya se ha mencionado, es un término inadecuado para referirse a la custodia. En el análisis de las seis reglas sobre la custodia se relaciona la regla con la respectiva doctrina que sustenta la regla y si esa regla vulnera el principio de igualdad, recalando que la presencia de ambos padres en el crecimiento del niño o niña es importante, ya que muy aparte de los valores o las necesidades que este satisfaga, la imagen y existencia presencial es base fundamental en la confianza que este vaya a desarrollar.

El principio de igualdad y de no discriminación es un principio que tiene varias particularidades tomando en cuenta esta característica, este trabajo se ha enfocado en señalar que comprende este principio, que es la dimensión

formal y material y la prohibición de discriminación, según (Mendieta & Tobón, 2018) donde “los conceptos de dignidad, diversidad han sido abordados por distintas disciplinas, tales como: la ética, la antropología, la sociología, la psicología, la filosofía, la educación y las ciencias políticas, su estudio no ha tenido suficiente eco en la dogmática jurídica”, permiten tener una mirada hacia la aplicación de los derechos desde puntos de vista morales.

Para entender a cabalidad esta situación el punto de partida es la comprensión de del principio de igualdad. Y analizando lo citado por (Pau, 2020), en su artículo “The principle of equality and the principle of care, with special attention to disability”, donde expone no se debe dividir la situación de necesidad entre personas que están necesitadas de atención y que en la labor jurídica privada en la actualidad es urgente distinguir entre aquellas situaciones de vulnerabilidad que precisan el cuidado, y aquellas que no consiste en el cuidado. En estos dos casos la aplicación de la ética del cuidado conduce a comportamientos diferentes. En la parte pública, la aplicación de la ética del cuidado debe promover una actuación administrativa atenta y solidaria con los ciudadanos

Sobre el principio de igualdad se mencionan brevemente los elementos que se deben observar y se indica que se debe aplicar el juicio de igualdad para determinar si se está dando un trato igual o desigual a determinadas situaciones de importancia jurídica. Se explica que comprende la igualdad formal y la igualdad material, también se hace un análisis sobre la prohibición de discriminación, se mencionan las denominados categorías sospechosas concretamente las categorías sospechosas de sexo, género y orientación sexual.

El otro eje temático principal es el análisis de la tenencia desde la definición del término para después adentrarse a las doctrinas que se han desarrollado sobre el tema. Las tres doctrinas que se mencionan son la de los años tiernos, la del interés superior del niño y la de la co-custodia. Además, se señalan la normativa que regula la tenencia.

Con respecto a las reglas de la tenencia se hace un breve análisis de la problemática que puede surgir con las reglas de la tenencia y la relación que tienen con las doctrinas que hay sobre el tema y si estas reglas pueden vulnerar de alguna manera el principio de igualdad.

CONCLUSIONES

La igualdad ha evolucionado a lo largo del tiempo. Actualmente, la igualdad tiene una dimensión formal y un material y también está el mandato de no discriminación. La igualdad formal es aquella que obliga a tratar de manera idéntica a los sujetos que se encuentran en las

mismas condiciones, la igualdad material es aquella que genera tratos diferenciales razonables para materializar una igualdad de hecho. Con respecto a la prohibición de discriminación, con este precepto se pretende evitar tratamientos que por objeto o resultado opinan, excluyan o marginen a los sujetos de derechos, cuando se hace un análisis jurídico son denominados categorías sospechosas con respecto al tema de estudio, hay tres categorías sospechosas como son la de sexo, género y orientación sexual que deben ser examinadas. Por ende, cuando hay un conflicto en el que está involucrados hombres (que históricamente ha conseguido mayores beneficios) frente a las mujeres y otras diversidades sexuales en relaciones de poder necesario analizar si existe una posible discriminación en el caso concreto.

En cuanto a la custodia de las niñas, niños y adolescentes, en la parte doctrinaria hay tres corrientes que se analizaron en este trabajo: la de los años tiernos, la del interés superior y la de la co-custodia. La doctrina de los años tiernos se refiere a que en los primeros años de vida de los niños ellos necesitan de los cuidados maternos. En el caso de la doctrina del interés superior del niño es la estabilidad general y la comodidad que sienta el menor en el círculo familiar donde se esté desarrollando. En tanto que la doctrina de la co-custodia propugna en encontrar el compromiso y la responsabilidad equilibrada de los dos padres en el cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Estas corrientes doctrinarias se han reflejado en la normativa internacional y nacional.

En cuanto a lo que comprende las reglas de patria potestad que en realidad debería denominarse de custodia hay seis reglas para determinar cómo se debe actuar para determinar la custodia de la niñez y adolescencia. La primera regla propugna un acuerdo entre los padres, en este caso estaríamos en un escenario en el que puede hablarse de la doctrina de la co-custodia. En el caso de la regla dos y cuatro en la que se da preferencia a la madre son las reglas que en los últimos años han generado polémica y hay grupos que buscan que se declare la inconstitucionalidad de estas reglas, en tanto serían contrarias al principio de igualdad y provocan una presunta discriminación. Las reglas tienen como base la doctrina de los años tiernos en los que la madre es la más indicada para el cuidado de los niños. En la regla tres que se refiere que se preferirá al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional estamos frente a la doctrina de interés superior del niño, de igual manera en la regla cinco que se refiere a los casos en los que se pierde la patria potestad que son: maltrato físico o psicológico, abuso sexual, explotación sexual, interdicción por causa de demencia, manifiesta falta de interés en mantener

relaciones parentales, incumplimiento grave o reiterado de los deberes de patria potestad y permitir o inducir la mendicidad. En estas reglas estamos frente a la protección de la niñez y adolescencia, al igual que la regla seis que determina que si no hay un progenitor para ejercer la patria potestad se nombrará un tutor.

De todo lo revisado en este trabajo académico lo que queda claro es que las relaciones familiares son complejas y que de acuerdo con el caso concreto se debe analizar qué medida es la más beneficiosa a la niñez y adolescencia, tal como propugna la doctrina predominante que la del interés superior del niño. Y eliminando normas que provocan afectaciones al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, y sostienen roles de género como mandatos naturales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Artiñano, N. (2004). El suicidio en jóvenes homosexuales. *Kairos: Revista de temas sociales*, 8(14), 1-13.
- Bernal, C. (2003). El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Letras jurídicas*, 8(2), 205-228.
- Caicedo, D., & Porras, A. (2010). Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano. Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Ministerio de Justicia Derecho Humanos y Cultos.
- Congreso Nacional de Chile. (2013). Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Congreso Nacional de Chile. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento N. 506. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf>

- Ecuador. Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial Suplemento 737. <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Ecuador. Corte Constitucional. (2015). Sentencia No. 064-15-SEP-CC". En caso No. 0331-12-EP. 11 de marzo de 2015. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=064-15-SEP-CC>
- Ecuador. Corte Constitucional. (2015a). Caso No. 0028-15-IN. Corte Constitucional del Ecuador. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0028-15-IN>
- Ecuador. Corte Constitucional. (2017). Sentencia No. 038-17-SEP-CC". En caso No. 1737-12-EP. Corte Constitucional Ecuador. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=038-17-SEP-CC>
- Ferreira, A. (2022). Aspectos Procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas. Revista de Derecho Procesal. Editores Rubinzal-Culzon.
- Granados, V. (2018). El principio constitucional de justicia e igualdad real. Cuestiones constitucionales. 1(39), 169 - 200. <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n39/1405-9193-cconst-39-169.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2016). Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios. Instituto Nacional de Estadística y Censos. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2020/Boletin_tecnico_myd_2020.pdf
- Jiménez, P., Contreras, L., & Cano, M. C. (2019). Types and intensity of postdivorce conflicts, the exercise of coparenting and its consequences on children. Revista iberoamericana de psicología y salud. 10(1), 48-63. <https://media.proquest.com/media/hms/PFT/1/hWhS8?s=larBvqryzTRMHW4uJdoMFS%2FZLM%3D>
- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales, 1(6), 17-48. <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500603.pdf>
- Macazana, D. M (2013). Formación continua: ¿hacia dónde vamos? Investigación Educativa, 17(2), 85-96. <https://repositorio.minedu.gob.pe/handle/20.500.12799/2943>
- Macazana, D., Sito, L., & Romero, A. (2021) Psicología educativa. NSIA Publishing House Editions. <http://fs.unm.edu/PsicologiaEducativa.pdf>
- Mendieta, D., & Tobón, M. (2018). Human dignity and social and democratic state of law: The colombian case. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 10(3), 278-289. <https://media.proquest.com/media/hms/PFT/1/5riw8?s=RC3uS42KuTP0iWt2hq43GGNRgNo%3D>
- Naciones Unidas. (2013). Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas. https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc#:~:text=norma%20de%20procedimiento-1.p%C3%BAblica%20como%20en%20la%20privada.
- Pau, A. (2020). El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad/ The principle of equality and the principle of care, with special attention to disability. Revista de Derecho Civil. 7(1), 3-29. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/507/398>