

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

UNIVERSIDAD
DE LOS HEMISFERIOS



SABER Y SABER HACER

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

TEMA: “DISCRIMINACIÓN AL PADRE EN ECUADOR”

**TRABAJO (TITULACIÓN ESPECIAL) PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

AUTOR: JONNY RAMÓN SOLÓRZANO REYES

TUTOR: Mgs. GABRIEL GALÁN MELO

QUITO, 2017

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la biblioteca a que haga pública su disponibilidad para la lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Universidad de Los Hemisferios.

Jonny Solórzano R

ÍNDICE

RESUMEN - ABSTRACT

INTRODUCCIÓN 1

DISCRIMINACIÓN AL PADRE EN ECUADOR:

ANÁLISIS DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

CAPITULO I

NOCIONES CONCEPTUALES DE LA DISCRIMINACIÓN

I.I CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN	4
I.II LA NO DISCRIMINACIÓN	9
I.III CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO	10

CAPITULO II

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

II.I PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	16
II.II DE LA IGUALDAD DE LOS SUJETOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA	23
II.III EL PRINCIPIO “NO DAÑAR” EN LAS RELACIONES DE FAMILIA	26
II.IV ANÁLISIS DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	28

CAPITULO III

CONCLUSIONES	29
RECOMENDACIONES	30

INTRODUCCIÓN

La acepción de que el Estado ecuatoriano es un Estado de Derechos va más allá de una mera enunciación. Su implicación jurídica supone el interés primordial del Estado en la tutela de los derechos humanos y fundamentales; es decir, el Estado aparece por primera vez como un ente garante y protector de los proyectos de vida de sus ciudadanos.

Ahora bien, para entender de mejor manera el marco jurídico sobre el que se desarrolla la presente investigación, es imprescindible tener en cuenta la preeminencia del neoconstitucionalismo en el sistema normativo ecuatoriano; y para ello, es fundamental distinguir las profundas diferencias entre el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo y por ende, entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La Revolución Francesa de 1789 promulgó la difusión de determinadas garantías, que sujetándose a los ideales de libertad, igualdad y confraternidad, propiciaron paralelamente el surgimiento de un Estado caracterizado por la división de los poderes y la garantía de tutela sobre derechos inherentes a las personas. Previo a este tiempo, el absolutismo impuso una injusta limitación y subordinación de los ciudadanos ante el feudo, lo que creó la necesidad de un Estado garante y protector que encuentre solución a los diversos conflictos sociales en la ley. Así la palabra ley tomó fuerza y sentido de prevalencia, constituyéndose el contrato social al que se someterían los ciudadanos, independientemente de los factores que a la época suponían privilegios de pocos.

Fue en ese Estado de Derecho que propiciaba las libertades y el ejercicio de los derechos de primera generación donde apareció el documento político del aparataje estatal. Es por ello, que se convirtió en la principal fuente del derecho, logrando garantizar su imperio pleno e imponerse como principio de legalidad.

Así, la ley pasó a ser la base del Estado y su imperio legitimó el actuar social que justificaría la convivencia social. Sin embargo, esta sujeción no regulaba únicamente el proceder de los ciudadanos, sino que se impuso ante el mismo Estado y lo sometió a la voluntad soberana del pueblo como aún las legislaciones civiles definen al término ley. Así también lo expresa

el catedrático Díaz quien ha manifestado:

“El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general” (Díaz, 1998:29)

A pesar del enorme avance que significó el cambio de modelo absolutista, ese imperio de la ley llegaría a corromperse posteriormente y con él las estructuras sociales que se desarrollarían a inicios del siglo XIX. El imperio de la ley y su estricto cumplimiento se convirtieron entonces en la justificación de varios actos contrarios a los derechos humanos, entre ellos, aquellos que fueron perpetrados en los Estados gobernados por Hitler y Musolini, respectivamente.

Todo aquello que se hacía en fiel cumplimiento de la ley llevaba implícita la legitimidad y en muchos casos hasta su justificación. Esa visión alejada de los ideales que hicieron surgir el estado de derecho terminarían por crear la necesidad de un nuevo pensamiento filosófico y jurídico que sea capaz de proteger los derechos humanos, así surgió el Estado Social y democrático de derecho o Estado Constitucional de Derecho. A mediados del siglo XX nace en Latino América, el neoconstitucionalismo con un enfoque diferente en relación a los derechos humanos, proponiendo a la Constitución como la cúspide del ordenamiento jurídico y fuente de toda la normativa, criterio recogido por el tratadista Gil que expone:

“El término alude a un nuevo “Constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “Derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: “La Constitución”. (Gil, s.f:49)

En ese contexto, los derechos fundamentales tomaron especial importancia al ubicarse en la cúspide de la normativa, subordinando de este modo a los demás cuerpos normativos; en otras palabras, la legalidad pasó a un segundo plano dentro del contexto jurídico. Esta reivindicación de los derechos humanos sobre los preceptos legales conllevó así mismo a la creación de nuevas prácticas judiciales que impondrían en los jueces la obligación de tutelar

los derechos de cualquier índole siempre con sujeción a los derechos fundamentales y humanos. Es así que, inclusive, los métodos propios de la argumentación jurídica como la subsunción de la norma fueron reemplazados por métodos más garantistas, entre ellos, el de la ponderación. De modo similar Gil lo expresa también:

“Bajo esta concepción, la norma suprema o “norma-normarum”, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al “aleopositivismo”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “subsunción”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “balancing”(balanceo)" (s.f:50)

Pues bien, dentro de este Estado Constitucional de derechos y las implicaciones que ello significa, se halla inmerso el Estado ecuatoriano, toda vez que el inciso primero del Art. 1 de la Constitución de la República determina: "El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada." (2008:8)

NOCIONES CONCEPTUALES DE LA DISCRIMINACIÓN Y NO DISCRIMINACIÓN

1. LA DISCRIMINACIÓN

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la no discriminación y el derecho a la igualdad, se encuentran contemplados como principio de aplicación y como derecho, de conformidad al artículo 11, numeral 2 y al artículo 66, numeral 4 de la Constitución Ecuatoriana.

Es así que, se ha establecido que la discriminación es un fenómeno social que vulnera libertades y derechos humanos, consigo atañe un factor muy esencial para el desarrollo de la personalidad como lo es la dignidad de las personas, discriminaciones que se producen a diario a través de las relaciones sociales ante cualquier distinción que se haga con base en una de las categorías protegidas tales como, raza, género, sexo, origen étnico, nacionalidad, religión, lengua, orientación sexual, discapacidad; entre otras. Vulneraciones que se manifiestan ya sea entre personas privadas o de estas con las diferentes autoridades.

Siendo así que, los seres humanos se encuentran revestidos de una serie de derechos y principios, elementos imprescindibles para el desarrollo íntegro de la persona, en tanto todos los Estados partes tienen la obligación de protegerlos, repararlos e indemnizarlos en caso de sufrir alguna vulneración, cuyo objetivo principal es la obtención de una vida digna.

En este contexto, cabe definir lo que significa la discriminación dentro del Estado Constitucional de Derechos. Así, conviene destacar la definición proporcionada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, que determina:

“La discriminación es un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Ésta se genera en los usos y las prácticas sociales entre las personas y con las autoridades, en ocasiones de manera no consciente. Por ello, es importante conocer a qué se refiere para evitar discriminar y saber a dónde recurrir en caso de ser discriminado”. (2012:5)

El término discriminación en su esencia contiene la idea de una diferenciación, distinción, separación o clasificación sin llegar a connotaciones positivas o negativas. (Añon, 2012:289)

No obstante en la *praxis* el término ha adquirido una depreciación de peyorativa; acorde a prácticas desarrolladas hasta la actualidad con respecto a este esquema. Más aún en tiempos actuales, donde el debate es muy caluroso y premeditado. Advierte Barérre:

"[...] el término ha ido adquiriendo connotaciones peyorativas que hacen de él casi un sinónimo de términos como "parcialidad", "prejuicio", "favoritismo" o "intolerancia". En este caso discriminar significa distinguir o diferenciar pero negativamente, es decir excluir." (cit. por Añón, 2012:298)

La discriminación desde la perspectiva negativa conlleva a ejecutar un tratamiento diferenciado de ciertos sujetos o sectores a partir de una valoración que los diferencie; siempre y cuando este rasgo lleve a concluir un perjuicio descalificatorio.

Es necesario señalar que, en los usos y las prácticas sociales; entre las personas y éstas con las autoridades, también surge en ocasiones la discriminación múltiple, que se la podría identificar o definir como un menosprecio que sufre la persona por varios motivos, que aparecen bien de forma acumulada en una misma situación agravando el daño o bien generando una forma nueva y única de discriminación, lo que implica que dichos motivos no se los pueda analizar por separado. Es decir, aquella discriminación producida con base a dos o más factores que presentan un nexo que supone que actúan de forma interrelacionada. Así también lo comparte la catedrática De Lama Ayma Alejandra, al expresar que:

“La discriminación múltiple en un sentido amplio describe aquella situación en que se produce una discriminación por diversos motivos. La discriminación supone que una persona es tratada de forma menos favorable de lo que hubiera sido otra en su misma situación; la discriminación múltiple supone que dicha discriminación se debe a diferentes motivos”. (2013:274)

Continuando con el análisis de lo que es el fenómeno de la discriminación múltiple, con el propósito de dejarlo en claro, cabe definirlo como aquella discriminación en base a dos o más factores que presentan un nexo de unión que actúan de forma interrelacionada. Cuando dicha interrelación conlleva una forma agravada de discriminación, se estará hablando de una discriminación múltiple adicional o acumulativa. Por otra parte, cuando en la discriminación múltiple afloran experiencias discriminatorias que permanecerían ocultas de no considerarse los factores unitariamente, estaremos hablando o identificando una discriminación múltiple interseccional, la cual describe una situación en la coexistencia de

varios motivos donde conlleva a una forma única y nueva de discriminación, por tanto no permite analizar a dichos motivos de forma separada.

Al respecto también la doctrina española, define a la discriminación múltiple interseccional como una discriminación por diferentes motivos en un mismo momento y situación de tal forma que estos interactúan de alguna forma.

Pues bien, es indispensable identificar las consecuencias que esta discriminación produce, afectando en forma directa al ser humano, tales como daños económicos y morales, por tanto los Estados tienen la obligación de repararlos e indemnizarlos acorde a un ajuste razonable. También es necesario analizar en forma inexcusable los factores de género y religión, caso contrario no se podría comprender el fenómeno discriminatorio.

Por tanto, sólo a través de este contexto es posible establecer el concepto de discriminación múltiple, como un supuesto de discriminación, en el cual intervienen varios motivos en forma conjunta y al mismo tiempo. Es necesario subrayar en este fenómeno su discriminación palpable y latente en la realidad social contemporánea, y que hasta la actualidad viene siendo regulado de forma muy tímida en las diferentes legislaciones y ordenamientos jurídicos.

Como ya se había manifestado anteriormente, que tanto en la legislación como la doctrina, se recoge la problemática que entraña la discriminación múltiple, muy poco o casi nada han hecho los Estados para regularla o aplicarla de forma razonable, en tanto que ha pasado de forma desapercibida.

Es así que, la discriminación múltiple sólo tiene sentido en ordenamientos jurídicos donde surgirán en su análisis por separado y en razón de que la discriminación lo sufre una facción minoritaria dentro de la minoría, produciéndose de esta manera una paradoja. Por tanto, se puede evidenciar un error por parte de los poderes públicos al defender y proteger una minoría ya sea en sus diferentes aspectos como son ético, religioso, cultural, entre otros; permitiendo determinadas prácticas dentro de su seno sin advertir la discriminación que causa dentro del sector más vulnerable.

Con respecto a la normativa internacional en materia de discriminación basada en el género, sobre el principio de no discriminación, esta se basa primordialmente en la protección que dicha normativa debe brindar a las personas cuando en ellas se produzca cualquier distinción

en base a categorías tales como: raza, género sexo, nacionalidad, entre otras, lo cual abordaría una posible discriminación como un enfoque de motivaciones únicas, que en la práctica no hace otra cosa que dejar en desprotección o con soluciones parciales a las víctimas, que en ocasiones no se las puede ubicar en ninguna de las categorías enunciadas anteriormente.

En igual lineamiento a las personas que presentan casos complejos de discriminación con base a varios motivos que se interceptan de forma que no pueden ser separados. Coligiendo también la catedrática Kimberlé Crenshaw, al manifestar que:

“Esta realidad ha dado paso a que exista un reconocimiento cada vez mayor por parte del derecho internacional de que las personas pueden pertenecer a diferentes categorías protegidas al mismo tiempo y, por tanto, enfrentar formas específicas de discriminación que no pueden ser abordadas desde un enfoque de motivaciones únicas” (Kimberlé Crenshaw cit. por De Lama, 2013:s.p)

Lo más aconsejable es aplicar un enfoque interseccional o contextual al examen de estos casos de discriminación, lo cual facilita a los respectivos tribunales lograr una solución a casos tan complejos. Sólo a través de un estricto cumplimiento o aplicación de este enfoque, permite comprobar que las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto económico, social y cultural determinado, identificando en donde se presentan y se reproducen los privilegios y las desventajas. Por tanto, discrimina a las personas no por quiénes son, sino por lo que se piensa que son o representan, son menospreciadas en relación de la asignación de estereotipos sociales o culturales negativos que se piensa representan.

Los tribunales competentes para conocer la causa deberán adicionalmente cumplir con cuatro requisitos primordiales en la aplicación del enfoque interseccional o contextual, criterio que es compartido por la catedrática De Lama Ayma, Alejandra, al sugerir que se debe:

- “1. Analizar el contexto en que ocurre la discriminación y la manera en que la persona se ubica y es ubicada socialmente dentro de ese determinado contexto.
2. La complejidad de la experiencia de la discriminación, tal y como es experimentada por la víctima.
3. Apreciar elementos de prueba de la discriminación tanto de naturaleza objetiva (informes estadístico sobre desigualdad), como subjetiva (papel de los estereotipos

presentes en el caso, la respuesta social hacia la persona como resultado de la confluencia de motivaciones).

4. Reconocer el hecho de que la discriminación tiende a tomar formas más sutiles, sistemática e institucionalizadas”. (De Lama, 2013:s.p)

Es así que, el objetivo a alcanzar por parte del Derecho Internacional de los derechos humanos, es incitar a los respectivos tribunales a la ejecución de un enfoque interseccional o contextual en el examen de todos los casos que se presenten como discriminación múltiple. Así lo respalda la catedrática De Lama Ayma Alejandra, quien al respecto expresa:

“El concepto de interseccionalidad hace referencia a aquella opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo y que aplicar un enfoque interseccional o contextual al examen de estos casos permite a los tribunales alcanzar soluciones en estos casos complejos de discriminación”. (Kimberlé Crenshaw cit. por De Lama, 2013:s.p)

En este mismo contexto es necesario reconocer que también la Declaración y el Programa de Durban manifiesta que todos los Estados partes y otros organismos internacionales reconocen que fenómenos como la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia son producidas por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico; surgiendo la posibilidad de que las víctimas puedan llegar a sufrir múltiples o agravadas de discriminación, ya sea por otros motivos conexos tales como el sexo el idioma la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, situación económica, el nacimiento, entre otras.

Esta Declaración fue mucho más lejos que cualquier otro instrumento internacional, al afirmar que fenómenos como la marginación, la pobreza, el subdesarrollo, la exclusión social, desigualdades económicas, entre otras, están vinculadas con la discriminación racial, el racismo, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia, dicho lo cual aporta a la permanencia de actitudes y progreso de prácticas racistas que únicamente generan más pobreza. Contenido que es compartido, tal cual exterioriza la catedrática De Lama Ayma Alejandra:

“Los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una

perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo”. (De Lama, 2011:63)

Hasta la actualidad hay que reconocer que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de forma específica viene aplicando el enfoque interseccional en los diferentes casos que se han presentado, siendo los únicos órganos de vigilancia de tratados internacionales de Derechos Humanos que han emitido jurisprudencias o decisiones de este nivel.

Incluso en el sistema de protección interamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligación a cargo de los Estados de respetar el principio de no discriminación, considerando el Estado especial de vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos de personas, por citar algunos de los casos tratados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos mencionar a González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, otro caso es el de Rosendo Cantú, donde se pudo determinar que la discriminación fue combinada en razón de la edad y el género.

Así este Organismo Internacional pondera la protección especial que deben ser objeto las niñas al encontrarse inmersas o frente a una posición de desventaja social, ya que con frecuencia las niñas y adolescentes experimentan una doble discriminación que las aparta del goce pleno de sus derechos en diferentes áreas.

2. LA NO DISCRIMINACIÓN

El principio de igualdad es el fundamento normativo, ya sea que esté dado como un valor, o un principio, para la prohibición de no discriminación. Sin embargo, no sólo debe acatarse esta contraindicación; más bien el Estado está obligado a planificar, analizar y; ejecutar políticas y normativas que garanticen una efectiva protección.

"En el campo de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a una vida libre de violencia se han ido llenando de contenido. De ellos se desprenden las obligaciones que pesan sobre los Estados con relación al respeto de los derechos humanos de las mujeres y se proyectan sobre todos los espacios del accionar estatal." (Asensio, 2010:23)

Es menester manifestar que desde tiempos remotos de la historia, la humanidad ha diferenciado rasgos y personalidades. En tal virtud, se puede determinar un hecho que las personas no son iguales, incluso encontrándose en situaciones y condiciones diferentes y estos factores son los que se encargan de marcar las diferencias. En cuanto María José Añón propone desde este punto de vista la necesidad de que las diferencias sean tuteladas, respetadas y garantizadas, no por ser diferentes, más bien en aplicación del principio de igualdad. (2012:286)

En síntesis, la protección del principio de igualdad se expande haciendo eco de un derecho fundamental que ha venido desarrollándose y debatiendo, durante un largo trayecto de la historia, esta característica lo convierte como un criterio de valoración orientado a examinar, inspeccionar y considerar una re-evaluación de las normas que contradigan el presente derecho. Normas discriminatorias que aún en la actualidad han sobrevivido, tal cual es la propuesta de ésta investigación.

3. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

La historia relata la pugna y la defensa sobre el principio de igualdad conjuntamente con el derecho a la no discriminación -con base en el sexo; el cual ha sido muy debatido y aceptado por primera vez en la carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Reiterándose con posterioridad en los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; adoptado por Naciones Unidas en 1966. Quienes promovieron esta defensa fueron mujeres organizadas por el reconocimiento y garantías de sus derechos; demostrando de manera continua y fehaciente que las mujeres son seres humanos y, como tales dotados de racionalidad y de voluntad propia. (Falcón, 2005:71)

Refiriéndose a la discriminación de género María José Añón relaciona tanto la tesis de la diferencia como la de igualdad en el siguiente contexto:

"[...] en consecuencia compartirían este sentido de igualdad "valorativa" pero difieren en la explicación del origen de tal diversidad, pues para la tesis de la diferencia es el producto de la ideología sexista que constituye una de las relaciones sociales de opresión y dominio entre grupos y que genera, de acuerdo con la posición de Young (1989, 1990) [...] explotación, marginación, ausencia de poder, imperialismo cultural y violencia." (2012:287)

Desde la perspectiva de Discriminación de género el factor de esta diferencia valorativa, se concentra en una distribución desigual, sobre el cual se debería intervenir para eliminar dicha diferencia prescriptiva; puesto que la distribución se considera una medida injusta surgiendo la desigualdad y con ello da lugar a una discriminación. (Cfr. Añón, 2003)

De igual manera asevera Gianformaggio. "En este caso, discriminar significa realizar un tratamiento diferenciado de ciertos comportamientos de ciertos sujetos a partir de una valoración diferenciadora de los sujetos" (1993:223)

Alda Facio realizando un análisis ligero respecto al artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dirime:

"[...] El acceso a la justicia se entiende ahora como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público, como el ejercicio de un derecho. Visto así el acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio " sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición." (2000:1)

Sustrayendo de esta conclusión se comprenderá que la justicia al convertirse en un derecho fundamental deberá garantizarse con una distribución igualitaria para todos los ciudadanos del Estado. Y haciendo relación con la discriminación en conceptos anteriormente analizados, se colige brevemente la notable desigualdad que existe en la administración de justicia por la llana razón de nuestro sexo.

En tal virtud el Estado no solo está obligado a garantizar la justicia, más bien debe proveer de un goce de justicia en igualdad.

Alda Facio realiza un interesante análisis respecto a la perspectiva de género, que sintetizando, manifiesta la existencia de relaciones de poder entre hombres y mujeres afectando de esta manera la administración de justicia, puesto que desde la perspectiva de género, el acceso a la justicia debe hacerse viendo como distintos factores afectan a las mujeres y a los hombres de cada sector y no haciendo un análisis de un sector X y por el otro lado haciendo un análisis de cómo esos factores afectan a los otros sectores. Puesto que en los sectores existen diferencias de poder entre mujeres y hombres. (2000:3)

En otras palabras, el alcance al que se quiere llegar en cuanto a justicia se refiere, sostiene la posibilidad de realizar un análisis en base a los factores que afecten a los diferentes sectores y, no un análisis a esos sectores, ya que en ellos también se encuentran inmersos un fin de colectividad. Para ello deberá implantarse políticas que respondan a la perspectiva de género.

En base a lo analizado es menester resaltar que la Constitución de la República del Ecuador ha realizado un gran esfuerzo por desarrollar la extinción de discriminación de género como se fundamenta en los artículos 11, numeral dos, inciso primero, donde expresamente manifiesta:

"[...] Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, Estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, Estado de salud, portar de VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. [...]" (2008:11)

En igual sentido generosamente se consagra en la Carta Magna y lo secundan los artículos 32; 38; 46, literal 7; 70; 77, literal 8; 83, literal 14; 156; 160, inciso primero; 217, inciso primero; 358. Todos ellos con el único propósito de evitar una discriminación de género.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Dentro de los métodos de investigación propios del Derecho, el método exegético tiene una importancia fundamental; tanto es así que, su utilización ha permanecido por numerosos siglos, teniendo siempre como objetivo encontrar el espíritu de la ley y la voluntad del legislador en base al sentido más literal de la norma. Por tal motivo, conviene para esta investigación la utilización de este método para el análisis del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, referente a las reglas para confiar la patria potestad.

El primer inciso del referido artículo determina: “Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:”

Como se colige de la lectura, este primer inciso especifica cual será la autoridad que decidirá sobre quien tendrá la patria potestad del menor y además le confiere al Juez la posibilidad de contar con la opinión del niño, niña o adolescente que esté en capacidad de hacerlo. Esta última parte es importante puesto que lo manifestado por el o la menor contribuirá para que el Juez esté en capacidad de tomar una decisión. Por otro lado, el primer inciso advierte sobre la existencia de las siguientes reglas: “1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;”

Esta primera regla protege la capacidad convencional de las partes, es decir, antes de imponer la decisión judicial, permite que las partes lleguen a un acuerdo. Sin embargo de ello, este momento convencional no puede ser aplicado en los casos que el acuerdo suponga un perjuicio a los intereses del menor, en otras palabras, se aplica el interés superior del niño, guardando conformidad constitucional.

La segunda regla, que además es el objeto de análisis de la presente investigación, 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;”

Pues bien, es clara la regla 2 al establecer que primero se debe agotar el momento consensual, después del cual, si no se obtuviere un acuerdo o si el acuerdo fuere lesivo para los derechos del tutelado, será el Juez quien determine quién estará a cargo de la patria potestad. A pesar de ello, en el caso antes citado, fue la voluntad del legislador confiar la patria potestad directa y exclusivamente a la madre cuando el niño o niña fuere menor de 12 años, observándose de esta manera una discriminación al progenitor masculino, ya que no busca equiparar una notoria desigualdad con respecto al padre, produciéndose un detrimento a la igualdad formal.

La tercera regla por su parte determina:

“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;”

Contradictoriamente, en referencia a los hijos mayores de 12 años, la tercera regla refleja una plena vigencia de la igualdad formal, que además está supeditada a la sana crítica del Juez, por tener éste la potestad de discernir cuál de los padres está en mejores condiciones para el cuidado del menor; ello, sin hacer una diferenciación de género, es decir, sin importar que sea el padre o la madre.

Continuando con el análisis de la cuarta regla que establece el Código de la Niñez y Adolescencia y que también es objeto de análisis de la presente investigación manifiesta 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;”

Nuevamente, la regla 4 impone una injustificada vulneración al derecho constitucional de igualdad formal, por considerar que también existe discriminación con respecto al progenitor masculino y que se lo puede evidenciar al momento de conceder de forma injustificada

preferencia a la madre por parte del legislador, al manifestar que si ambos progenitores demuestran iguales condiciones se preferirá a la madre con respecto al cuidado del menor.

Así mismo, en relación a las causales de privación de la patria potestad, la regla 5 establece:

“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, A saber, las siguientes:

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.”

De forma continua, la regla 6 determina: “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.”

Así las cosas, conviene también destacar lo contenido en último inciso del artículo en análisis:

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

A las reglas anteriores, se le suma la opinión de los menores, que en el caso de ser adolescentes será obligatoria para el Juez, siempre que no sea contraria al interés superior del niño y referencial en el caso de quienes sean menores de 12 años. Sin embargo de ello,

en aplicación de las reglas contenidas en este artículo, la opinión de los menores toma siempre un papel secundario.

Finalmente, después de haber analizado las reglas del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, se colige que dentro de las reglas 2 y 4, como se lo manifestó anteriormente se puede evidenciar una discriminación al padre, al observar una posible preferencia injustificada a la madre, al establecer que en caso de que ambos padres gocen de iguales condiciones de cuidado en relación al menor se preferirá a la madre, lo cual no justifica dicha predilección que tuvo el legislador con respecto a la madre, vulnerándose así el derecho constitucional de igualdad formal.

1. PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

La reseña histórica de esta institución es muy debatida entre los académicos, puesto que para diferentes ramas del conocimiento la perspectiva de su nacimiento es criticado desde el campo de estudio, en tal motivo tenemos las siguientes acepciones:

"Para muchos sociológicos es un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo período de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de la familia. Una de las notas esenciales de la organización uterina sería -según Sydney Hartlane- que la autoridad sobre los hijos pertenecía a la madre, aunque raramente sería ejercitada por ella." (Castán Vázquez cit. por Cabrera, s.f:26)

No obstante para el ámbito jurídico la perspectiva y el ejercicio deviene del padre:

"Por su parte en la Roma antigua, la patria potestad se consideraba un poder absoluto e indefinido exclusivo del padre -pater familia- sobre los hijos. La Potestad -potestad o poder- es distinta de las auctoritas, que también es entendida por el pater." (Cabrera, s.f:27)

La expresión "patria potestad" proviene del latín *patrius,a,um* que significa lo relativo al padre; y *potestas* que se define como potestad o mando. (Cabrera, s.f:25)

A esto se destaca las diferentes acepciones y evoluciones de la institución, en las remotas páginas de la historia:

"En el derecho germánico, la potestad del padre recibe el nombre de "Munt", que significa un derecho y un deber de protección. A diferencia del derecho romano, esta acepción de la patria potestad se ejercía fundamentalmente bajo la idea de protección del incapaz y cesaba a determinada edad o en su defecto" (Kiip, Theodor y Wolf cit. por Cabrera, s.f:28)

Con el pasar del tiempo y la evolución social, se fueron desarrollando conceptos conformes a las necesidades y esquemas jurídicos contemporáneos, en tal virtud un hecho que sin duda influyó enormemente en el doctrinamiento de la institución, fue la Revolución Francesa, llegando la patria potestad a mutar de un poder a una función, porque aunque no se proclame a este carácter en términos textuales dentro de los códigos franceses, existe un criterio unificado por la doctrina, que refiere a este período como el responsable de transformar a la patria potestad en una función temporal productora de deberes para el padre y limitante de sus facultades. (Cabrera, s.f:29)

"[...] se rebajó la autoridad paterna y se concibió como una medida de protección para los menores, que cesaría a la mayoría de edad del hijo, y se impuso el control por la creación de los tribunales de familia y rehusó el control judicial y la declaración posible de la potestad del padre sobre sus hijos. Sin embargo, esta concepción ha evolucionado en el derecho francés, para admitirse hoy que se ejerce un interés de la familia y de los hijos." (De la Morandière cit. por Cabrera, s.f:29)

Finalmente el Código Napoleónico concentra a la institución como un Estado de protección para el menor, de ahí para acá los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en gran mayoría acogieron dicho lineamiento, dejando de ser la institución paternal, convirtiéndose en patrimonio de ambos padres, destacándose el hecho relevante de la historia que al presentarse el Código Napoleónico, hubo partidarios de emplear como una rúbrica legal las palabras "*de la autoridad de los padres y de las madres*", para definir a los sujetos activos. (Cabrera, s.f:30)

Sobre la base de lo anterior expuesto, los precedentes resultan en la actualidad una generalidad mayoritaria sobre la institución de la patria potestad a nivel mundial, ya sean en sus códigos civiles o de la familia o sus reformas, que datan de la época posterior a la segunda guerra mundial, donde la primicia es la atribución del ejercicio conjunto de los progenitores sobre sus hijos menores de edad. Países como: Alemania Federal (art. 1627, cod. civ., reforma de 1969); Francia (art. 372, cod. civ, reforma de 1970); Holanda (art. 246,

cod. civ. de 1970); Italia (art. 316, cod. civ. reforma de 1975); Suiza (art. 297, cod. civ., reforma de 1976); Portugal (art. 1401, cod. civ. reforma de 1977); España (art. 156, cod. civ. reforma de 1981); Méjico (art. 414, cod. civ. del distrito de territorios federales de 1926); Uruguay (art. 11, ley 10.783 de derechos civiles de la mujer, de 1946); Guatemala (art. 256, cod. civ. de 1962); Costa Rica (art. 138, cod. de familia de 1972); Bolivia (art. 251, cod. de familia de 1972); Colombia (art. 62 y 288, cod. civ. reforma de 1974); La República Dominicana (art. 371.1, cod. civ. reforma de 1978); Cuba (art. 83, cod. de familia de 1975); Venezuela (art. 261, cod. civ. reforma de 1982) y Perú (art. 419, cod. civ. de 1984).

Dirimiendo en tal motivo como la evolución en el fin perseguido por la institución, variando en gran totalidad con su antecedente y formando una nueva concepción jurídica, logrando la conservación lingüística. (Cabrera, s.f:30)

La doctrina ha definido de la siguiente manera a la patria potestad, según Mazzinghi:

"[...] La patria potestad no es, en efecto, ni un poder conferido a los padres para que ellos se solacen en su ejercicio, ni una función asignada por la sociedad para que unas personas cuiden de otras. Es [...] un conjunto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales participa de las características que hemos atribuido a los derechos y obligaciones tiene su origen y su raíz en el orden natural." (cit. por Cabrera, s.f:31)

Pues bien, la patria potestad se encuentra reglada en el capítulo segundo del Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 104 hasta el 117, aun así para efectos de esta investigación se concentrará en su definición y características peculiares para el análisis del artículo 106 del código *ibídem*.

Por definición jurídica de patria potestad se entenderá según el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia:

"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." (2003)

Esto conlleva a dirimir el cuidado conjunto de padre y madre, sin perjuicio de una posible eventualidad de ejercicio por uno de los progenitores, siendo en el caso concreto la separación de los progenitores o la ausencia, más allá se puede hablar también de una

suspensión, limitación o privación de la patria potestad tal cual lo determinan los artículos inmersos en el rango del artículo 104 al 117.

Esta institución no solamente se rige por el Código de la Niñez y Adolescencia puesto que en el mismo código hace referencia a subsumir el Código Civil, instituciones como la representación legal, el domicilio legal, consentimiento para contraer nupcias; y todas aquellas conexas a esta institución, por cuanto el título doceavo, artículo 283 del código *ibídem* esclarece el conjunto de derechos que conlleva esta institución.¹ La patria potestad se ejerce respecto al hijo no emancipado. Sin embargo Larrea dice que se emancipa el hijo que deja de ser menor de edad al cumplir dieciocho años, si antes no se emancipó por otras causas. De manera que se ejerce la patria potestad desde el nacimiento del hijo o hija hasta su emancipación; existiendo ciertas exclusiones según el propio Código Civil. (Larrea cit. por Wray, 1991:54)

Louis Josserand, coincide con el cimiento civilista ecuatoriano, al expresar que, en su criterio la patria potestad es:

"El conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos." (Josserand cit. por Cabrera, s.f:32)

Respecto a las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad existe de igual manera doble regulación tanto en el Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia, esto cuando se refiere al divorcio o separación.

La regla general en el Código Civil sugiere la patria potestad a aquel progenitor cuyo cuidado quede el hijo o hija, con la salvedad de los padres de apartarse de dicha regla por mutuo acuerdo y con la autorización de un juez, la cual otorgará con conocimiento de causa. (Artículo 307 del Código Civil)

No obstante en el Código de la Niñez y Adolescencia según artículos 106 y 118, se aplican las mismas reglas para dos temas distintos, las cuales son patria potestad y tenencia, la

¹Código Civil del Ecuador, "La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia."

peculiaridad de estos efectos pueden variar según la resolución, ya que se puede otorgar conjuntamente la tenencia y la patria potestad a un progenitor o algunas de sus atribuciones; o, la tenencia y la patria potestad a progenitores distintos. Hay que tomar en cuenta que este razonamiento se lo mantiene en preferencia del Código Civil, por ser el Código de la Niñez y Adolescencia una materia especial de protección de un grupo vulnerable.

"Ahora bien, en mi opinión en la actualidad se aplican las reglas del [Código de la Niñez y Adolescencia] para todos los casos en que los jueces deben resolver sobre esta materia, sea que se trate de un juicio ante los jueces de la niñez y adolescencia, o ante los jueces de lo civil como parte del juicio de divorcio. Por lo tanto las reglas del artículo 108 del [Código Civil] están tácitamente derogadas el [Código de la Niñez y Adolescencia] es una ley orgánica por tanto tiene mayor jerarquía que [el Código Civil], es una ley posterior y especial." (Simon, s.f:522)

Se continuará con la institución de la tenencia, la cual en nuestro ordenamiento jurídico de familia es conexas a la patria potestad, y aun cuando no tiene definición jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina ha conceptualizado lo siguiente:

"La figura legal de la "tenencia" tiene relación con el derecho-deber de los progenitores al "*cuidado personal de la crianza de los hijos*" (artículo 268 CC) y la necesidad de resolver cuál de ellos se queda físicamente con el hijo o hija en los casos de separación o que no vivan juntos." (Simon, s.f:530)

Su peculiaridad radica en permitir mantener continuidad en el contacto entre los hijos y los progenitores cuando exista la separación de los mismos. Fundamento de ello, es la convivencia de los hijos con sus padres, con el fin de un desarrollo integral, estabilidad psicológica y un óptimo desarrollo. En este contexto se manifiesta el catedrático Simon Farith, con respecto a las dificultades que tiene que superar el progenitor masculino, es decir, cuando éste busque o presente el anhelo de la tenencia al expresar que:

“Cuando el padre es el que busca la tenencia tendrá que superar varias dificultades legales además de culturales, por esto no busca demostrar que se encuentra habilitado para hacerlo, además debe descalificarse a la madre, lo que es absurdo ya que en este tipo de decisiones lo que debe primar es el interés superior del hijo o hija, no la capacidad de descalificación de los progenitores.” (Simon Farith, s.f:533-534)

El catedrático Farith Simon acota también un importante detalle sobre esta institución, logrando en la misma, identificar la diferencia con respecto a la patria potestad.

"De la definición legal de la tenencia queda claro que la legitimación activa de la tenencia le corresponde exclusivamente a los progenitores respecto de sus hijos o hijas reconocidos menores de 18 años, por tanto no es posible que se demande la tenencia por parte de otras personas como los familiares. En este caso la figura jurídica adecuada es la tutela." (s.f:531)

En otras palabras es válido decir que la patria potestad corresponde a todos los derechos y obligaciones que contraiga en beneficio del menor de edad a cuidado del titular, y la tenencia conlleva la mediación del menor de edad con su progenitor, el cuidado físico con la finalidad de su desarrollo integral. Es necesario revelar que la tenencia es equivalente a la guarda y custodia en otras legislaciones.

En nuestra legislación las reglas respecto a la tenencia la encontramos en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia que manifiesta:

"Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior."(2003)

No obstante la norma no refiere el procedimiento o reglas a seguir en el presunto caso donde la patria potestad o la tenencia sea dividida, y más grave aún se presenta en el tema de la tenencia debido a la importancia y necesidad del menor de mantener la inmediatez con sus progenitores. Para ello la doctrina sabiamente ha construido el siguiente esquema. "Existen los siguientes modelos de tenencia: tenencia alternada, tenencia dividida, el anidamiento o anidación y la tenencia compartida" (Sofía Rabelo cit. por Simon, s.f:536)

Siendo así la tenencia alternada aquella en la que cada uno de los progenitores tiene el cuidado de los menores no emancipados; de modo alternado por un período de tiempo establecido, por semanas, meses o años, partes de una semana o repartos diarios. Siendo la

peculiaridad donde el progenitor a cargo asume todos los deberes y responsabilidades de la patria potestad, concluido su periodo se transfiere dicha responsabilidad al otro progenitor. (Simon, s.f)

La tenencia dividida conlleva una asignación de exclusividad a uno de los progenitores, por tanto tiene un hogar fijo, manteniendo la intermediación con el otro progenitor en periodos cortos de tiempo. (Simon, s.f)

Finalmente y con un mejor acogimiento por la doctrina y la jurisprudencia internacional, la tenencia compartida se caracteriza por el cuidado del menor no emancipado a uno de los progenitores, no obstante se dividen las responsabilidades de naturaleza legal y comparten las decisiones relevantes respecto de los hijos o hijas. (Simon, s.f)

La institución de la tenencia no es universal en todos los países como es el caso de la patria potestad. España lo regula con la institución homóloga "guarda y custodia compartida" donde prevalece una distribución de tiempo de forma diferente, para procurar que el padre y la madre puedan tener con sus hijos una relación amplia. Evitando de esta manera que exista la posibilidad de discriminación alguna bajo ningún concepto a uno de los progenitores, lo contrario a nuestra legislación puesto que se puede discriminar siempre y cuando se considere necesario y mantenga ese criterio el juez en su motivación.

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe expresamente aplicar cualquier tipo de tenencia estudiado anteriormente "se debe confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores". Por ello es importante acoger estas recomendaciones que han sido de gran eficacia para el menor y analizar nuevamente la institución de la tenencia y desarrollarla en pro del niño o niña, es así que se promueve una reforma de la institución; al existir una discriminación de género en todo su conjunto de la institución de la patria potestad.

En cuanto al derecho a las visitas conllevan intrínsecamente un derivado de las decisiones judiciales que han regulado al progenitor que no le ha correspondido el cuidado de la hija o el hijo. Aceptable por la doctrina y la jurisprudencia:

"No se puede negar la complejidad que entraña la separación y por tanto se debe reconocer que la solución prevista por la ley sólo enfrenta una pequeña parte de estas dificultades, sin embargo un régimen inteligente de visitas puede minimizar los inconvenientes. [...]" (Simon, s.f:540-541)

Siendo así y llegado a este punto se reserva el profundo análisis, específicamente de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en posteriores páginas, puesto el apoyo doctrinario que infunda la posible existencia de una discriminación:

"En mi opinión esta regla es un rezago de la creencia de que siempre la madre está mejor habilitada para cuidar a los hijos e hijas, en realidad la norma se aprobó por presión de ciertos sectores especialmente conservadores que sostenían que apartarse de una regla así sería poner en desventaja a la mujer en el juicio. En un enfoque de derechos de niños y niñas la solución sería entregar la patria potestad al progenitor más apto, y no como lo hace el [Código de la Niñez y Adolescencia] asumiendo que la madre será la más competente." (Simon, s.f:523)

Más aún se debe respetar este criterio cuando la propia Constitución en su artículo 69, numeral 1, reconoce que el padre y la madre están obligados al cuidado y crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, y; con mayor razón cuando se encuentren separados sus progenitores por cualquier motivo.

2. DE LA IGUALDAD DE LOS SUJETOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

En este contexto, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama la igualdad en su descriptivo párrafo como: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", y que lo determina detalladamente en el artículo 2, por la operatividad del principio sin distinción de raza, color, sexo, idioma religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, entre otros, así se lo establece también en su artículo 7, en lo que corresponde el derecho a igual protección de la Ley incluida la protección contra toda discriminación.

En lo que compete al principio de igualdad en las relaciones de familia, la igualdad se desarrolla en el derecho a contraer matrimonio, implícito en el derecho a constituir familia, que se atribuye sin diferenciaciones, como "derecho de los hombres y mujeres a casarse". Así se lo establece también en el párrafo 1 del artículo 16 de la Declaración Universal; como el "derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio", también en el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención Americana, entre otros Organismos Internacionales. Finalmente la igualdad luce entre marido y mujer y entre padre y madre y entre los hijos.

El principio de igualdad en la legislación Ecuatoriana está establecido en el artículo 11, numeral 2, inciso segundo de la Constitución, que dice: “Todos sus habitantes son iguales ante la Ley”.

Continuando con la aplicación de la igualdad en las relaciones de familia, es menester analizarla desde el enfoque de la igualdad en igualdad de circunstancias. Según Finnis analiza, la igualdad es uno de los elementos en el concepto relevante de justicia, al manifestar que la igualdad se la debe entender en sentido analógico, es decir, que puede encontrarse presente de diferentes formas y que para evitar malentendidos y malas interpretaciones es mejor pensar en una proporcionalidad o en un equilibrio (Cfr Finnis cit. por Méndez, 2006:211); se justifica de esta manera la interpretación que circunscribe la igualdad a la igualdad de circunstancias a que se aplica, posición tradicional en la doctrina y jurisprudencia argentina.

En este mismo contexto también se pronuncia Bidart Campos al manifestar que:

“La regla de la igualdad no es absoluta, no obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla instituye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias y hostiles” (cit. por Méndez, 2006:211)

Este patrón de circunstancias es requerido en determinadas funciones entre los sujetos en sus respectivas familias. Por ejemplo, la de padres o entre quienes ejercen la patria potestad dentro de una familia determinada.

“Así también lo vota el doctor Fayt en sentencia de la Corte Suprema Nacional, al afirmar que la garantía de igualdad significa el derecho de todos a que no sean establecidos privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que es concedido a otros en igualdad de circunstancias, pero que ello no impide contemplar en forma distinta situaciones que no son iguales, siempre que la distinción no sea arbitraria ni obedezca a un propósito hostil”. (cit. por Méndez, 2006:211)

Pues bien, es necesario dejar en claro la definición del principio de igualdad formal vs principio de igualdad material. Para sintetizar se podría entender al principio de igualdad formal como aquel principio que establece que todos los seres humanos somos iguales ante

la ley y, al referirse al principio de igualdad material a este se lo puede definir como el derecho a la equiparación a través de la reducción de las diferencias sociales. Para lograrlo, se debe aplicar medidas de acción positiva, garantizando de esta manera la igualdad real de oportunidades y de trato, en el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos. Así coincide también María Díaz al manifestar que:

“La igualdad formal –de todos ante la ley- no conflictiva con el principio de igualdad material que es el derecho a la equiparación a través de la reducción de las diferencias sociales”. (cit. por Méndez, 2006:212)

Es así que, en este contexto no se evidencia una igualdad de los cónyuges consagrada en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al manifestar que ese hombre y esa mujer admitidos al matrimonio y a fundar una familia “disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, lo mismo se establece casi textualmente en el párrafo 4 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer que:

“Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.”(1976). Otro importante apoyo referente a la igualdad de marido y esposa, aunque no se trata de una normativa jurídica es el que luce en la Carta de los Derechos de la Familia, cuyo artículo 2 dice: “Los esposos dentro de la natural complementariedad que existe entre hombre y mujer, gozan de la misma dignidad y de iguales derechos respecto al matrimonio”. (1984)

En este contexto la única diferencia entre hombre y mujer es la parte corpórea o física, ya que las diferentes funciones que ejercen cada uno de ellos ya sea en el ámbito social o cultural buscan complementarse hacia un objetivo común a alcanzar. María Josefa Méndez Acosta coincide también al expresar que:

“La igualdad jurídica de los cónyuges expresa la igualdad humana incluida la natural diferencia entre *vir* y *muller*. De ningún modo significa que el hombre y la mujer sean absolutamente iguales sustituibles uno/a por el/la. Hay dualidad entre los sexos que convoca y permite que colaboren entre sí. Precisamente por ello es que se

complementan. La diferencia es corpórea (sexo) y, secundariamente cultural (género). La igualdad de que aquí se trata tiene otros alcances y los preceptos invocados lo proclaman al referirse siempre a “hombre” y “mujer”, correlativos de “marido y “esposa”, únicos aptos para integrar la pareja conyugal” (2006:214)

Al referirse a la igualdad de padre y madre, en lo que atañe a deberes o derechos de éstos, lo encontramos en varios textos de las Declaraciones de Derechos Humanos al emplear expresiones genéricas. Un ejemplo de este tipo lo encontramos en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre en la cual se dispone que: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad”, (artículo XXX, 1948)

Para lograr este cometido es necesario que el Poder Legislativo promueva y provisione los instrumentos efectivos de nivelación social entre los progenitores. Es decir, aplicar medidas de acción positiva para garantizar una igualdad real de oportunidades y derechos en un ámbito social. Estas medidas permitirán la plena vigencia del principio de igualdad en cuanto a las relaciones entre padre y madre corresponde, en otras palabras, se alcanzará una igualdad formal que no suponga una contradicción de principios legales y constitucionales.

3. EL PRINCIPIO “NO DAÑAR” EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Ahora bien, dentro de las relaciones intrafamiliares, en tratándose de la custodia de los menores, cabe analizar si la separación y las consecuencias de esta pueden suponer la consecución de un daño material o inmaterial a los miembros que integran la familia, que a los ojos de la Justicia puede ser objeto de reparación.

En este contexto, la acción antijurídica imputable no es punible si no ocasiona un daño y tampoco dará lugar a un resarcimiento si no media daño para resarcir. Es decir, si no se lesiona un derecho subjetivo o una facultad. Al respecto el Maestro Ciuro Caldani manifiesta que de acuerdo al criterio trialista, la noción sociológica de daño, se relaciona con el menoscabo de un interés, normológicamente con la violación de un derecho subjetivo, al expresar que dikológicamente significa: “un menoscabo en la esfera de la libertad para personalizarse y, en concreto, de los valores que en última instancia constituyen la persona”. (cit. por Méndez, 2006:362)

Por varias décadas se ha discutido sobre la posibilidad de indemnizar a las víctimas del cuadro familiar, cuando el daño ha sido producido por uno de los miembros de la familia.

Así, se puede citar al culpable de la separación o el divorcio o, al padre que se ha rehusado a reconocer al hijo. Está por demás demostrar que las causales de divorcio lesionan derechos subjetivos del cónyuge ofendido como es su derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la de sus hijos, su derecho a la fidelidad del consorte, a la convivencia, a ser moral y materialmente asistido entre otros.

En ambos casos, se puede vislumbrar una posible vulneración que, a pesar de generar conflicto y daños a los miembros de la familia, no ha logrado ser reconocido en la legislación civil y de familia. En este contexto, como lo ha citado María Josefa Méndez Costa en su obra *El Principio “No Dañar” en las Relaciones de Familia* en el capítulo XII, al manifestar que se genera una contraposición de principios constitucionales, considerando por una parte, el principio de no hacer daño a nadie y por otra parte el principio de la protección de la familia; es decir, el interés del dañado y el interés familiar.

Ante esta antinomia, cabe distinguir que el Neoconstitucionalismo provee herramientas propias de la argumentación jurídica; entre ellas, la ponderación, las mismas que podrán distinguir la prevalencia de dos principios fundamentales antagónicos en una relación jurídica.

Por otra parte, ya en la legislación y justicia Ecuatoriana, aún no se ha previsto la reparación del daño causado entre los miembros de la familia; separando por supuesto, la imposibilidad de sucesión a favor del padre que no reconoció al hijo, o la pensión alimenticia que debe aportar el padre o madre a fin de mantener al hijo en las mismas condiciones en las que vivía antes de la separación. En el primer caso no existe un beneficio directo al afectado y, en el segundo caso, el objeto no supone un beneficio al menor, sino que procura mantener las condiciones en las que vivía antes.

En otras palabras, queda un largo trecho, en el ámbito legislativo, y el ámbito judicial, para llegar a un pleno reconocimiento y resarcimiento del daño causado a los menores por causa de separación de sus progenitores.

4. ANÁLISIS DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Al realizar un análisis de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de la legislación Ecuatoriana, se colige que dentro de las reglas en mención existe una vulneración a la igualdad formal, como principio y derecho fundamental, y más aun dentro del numeral 4, donde fácilmente se puede evidenciar la vulneración al derecho a la igualdad formal. Constantemente, se justifica el detrimento de la igualdad formal cuando existe la aplicación de la igualdad material, que como se dijo antes, implica una compensación para combatir una determinada desigualdad, aunque en el fondo implica también una diferenciación.

Esta confianza depositada sobre la madre, desde el constitucionalismo puro, es un detrimento a la igualdad formal, es decir igualdad ante la ley que no puede justificarse a través de la igualdad material, por cuanto no es un acto considerado acción afirmativa. En otras palabras, no busca equiparar una notoria desigualdad, sino que al contrario, es una desigualdad formal que responde a ideas patriarcales con distinción de género y que en muchos casos, desconoce el papel de responsabilidad del padre, subordinándolo al de la madre, que en el espíritu de la ley es considerado de *“mejor calidad.”*

En el presente caso, se ha visibilizado la vulneración a la igualdad formal, mas no ha sido posible justificarla a través de la igualdad material, todo cuanto dicha preferencia no intenta equiparar una desigualdad sino que responde de manera estricta a construcciones sociales que devienen de estructuras e ideologías patriarcales que suponen a su vez una discriminación de género.

CONCLUSIONES

1. Se evidencia que en nuestra legislación el padre sufre una discriminación múltiple al momento de concederse la patria potestad a favor de la madre acorde a la normativa establecida en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Esto se lo puede corroborar al evidenciar que el padre sufre una discriminación múltiple interseccional. Es necesario recordar que la discriminación múltiple es un menosprecio que sufre una persona por varios motivos, es decir, aquella discriminación en base a dos o más factores que presentan un nexo de unión que actúan de forma interrelacionada, que conlleva a una forma única y nueva de discriminación que no permite analizar a dichos motivos de forma separada.

Es así que, se limita o se le priva al padre de crear un mejor vínculo afectivo con el hijo o hija y, peor aún, llegar a pensar que éste no sea capaz de cumplir con el rol de cuidado, protección y crianza de sus hijos. Discriminación que la sufre por su condición de padre y hombre, puesto que existen reglas en el artículo en mención, en el cual excluyen al padre del régimen de tenencia, enfatizando que el rol del padre, es el de proveedor del hogar, asumiendo por error que la madre es quién cumple naturalmente el rol interno de protectora de hogar, es decir, la más idónea para cumplir con la crianza y cuidado de su hijo o hija desfavoreciendo de esta manera el rol de padre sin ningún tipo de sustento. No se ha revisado o considerado en el ámbito jurídico situaciones donde el padre enviudó, quedando sus hijos bajo su cuidado y crianza con resultados positivos, asumiendo dicho rol de la mejor manera. Todo esto obedece a que hasta la actualidad la sociedad responde a construcciones patriarcales, llegando a crear daños económicos y morales. Lo más aconsejable es aplicar un enfoque interseccional o contextual al examen de estos casos de discriminación como ya se lo manifestó anteriormente, por tanto los Estados tienen la obligación de repararlos e indemnizarlos acorde a un ajuste razonable.

2. El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos en el que prima el principio “*pro-homine*” y demás principios constitucionales, entre ellos el principio a la igualdad, que excluye la discriminación basada en el género. Además de reconocer el principio de igualdad la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la igualdad como derecho de

libertad. La normativa contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia, no guarda concordancia con los principios constitucionales, específicamente en el artículo 106 numerales 2 y 4 del mismo código. Las reglas contenidas en los mismos numerales del artículo en mención contienen disposiciones que vulneran el principio de igualdad y el derecho fundamental a la igualdad formal.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda en el ámbito legislativo, reformar el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, por tanto derogar los numerales 2 y 4 del mismo artículo, por considerar que existe discriminación con respecto al progenitor masculino, dicha reforma es sugerida con el fin de que prevalezca el principio constitucional concerniente al principio de igualdad de género; principio del que deben gozar tanto el padre como la madre al momento de decidir la custodia del menor, dejando a un lado construcciones de carácter patriarcal.

2. En el ámbito judicial se sugiere que el Juez utilice la ponderación y la sana crítica, métodos que deberán estar revestidos por el principio de igualdad en relación a los progenitores y consigo al principio del interés superior del niño o niña; debiéndose dar un enfoque real de derechos de niños y niñas y por tanto debería entregarse la patria potestad al progenitor más apto, y no como lo hace el Código de la Niñez y Adolescencia, asumiendo que la madre será la más competente.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Wray, A. (et alt) (1991). El menor ante la ley, procedimientos, jurisprudencia e índice temático de toda la legislación. Quito: Corporación Editora Nacional.
- ❖ Torres, E. (2002). Breves comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ❖ Revista de Derecho Procesal. (2002). Derecho Procesal de Familia- I. Rubinzal y Asociados S.A. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- ❖ Méndez, M. (2006). Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia. Buenos Aires: Culzoni Editores.
- ❖ Amato, M. (2006). Víctimas de la Violencia, abandono y adopción. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- ❖ Heredia, A. (2000). El Acceso a la Justicia desde la Perspectiva de Género. Costa Rica
- ❖ Manasevich, R. (s.f.). La Filiación y sus efectos, tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ❖ Simon, F. (s.f). Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales, tomo II. ciudad: Editora Jurídica Cevallos.
- ❖ Añón, M. (2009). Igualdad, diferencia, discriminación/En/Serie Justicia y Derechos Humanos. Neo constitucionalismo y Sociedad. El Género en el Derecho. Ensayos. Dávila, Ramiro y otras. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito
- ❖ De Lama, A. (2013). Discriminación Múltiple I. Barcelona.
- ❖ De Lama, A. (2011). Discriminación Múltiple II. Barcelona
- ❖ CCI. (2002). Revista de Derecho Procesal. Consejo Consultivo Internacional. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- ❖ Cabrera, J. (2011). Patria potestad - Legislación - Doctrina y Practica. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- ❖ Monroy, M. (2001). Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: Ediciones del Profesional LTDA.

- ❖ Biosca, S. (et alt) (2011). Los menores en el proceso judicial. Madrid: Editorial Tecnos.
- ❖ Guzmán, P. (2006). El proceso de la patria potestad contemplado en el código de la niñez y adolescencia. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- ❖ Turiso, S. (et alt) (2006). Las claves de la armonía social: matrimonio, patria potestad y dote en la América virreinal, Dote matrimonial y redes de poder en el antiguo régimen en España e Hispanoamérica. Mérida: Universidad de los Andes.
- ❖ Sánchez-Lafuente, R. (et alt) (2002). Breves notas sobre la patria potestad. Especial problemática de los supuestos de separación de los padres. Sevilla: ASTIGI.
- ❖ Gomá, J. (2010). Instituciones de derecho civil común y foral: Derecho de familia. Barcelona: BOSCH.
- ❖ Albán, E. (2003). Derecho de la niñez y adolescencia. Quito: GEMAGRAFIC.
- ❖ Díez-Picazo, L. (et alt) (2015). Sistema de derecho civil: derecho de familia Madrid. Madrid: TECNOS.
- ❖ Godínez, L. (et alt) (2011). La restitución internacional de la niñez, enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial. México D.F: Editorial PORRÚA, S.A.
- ❖ Alvarez, F. (et alt) (2011). Derecho de familia: estudios en homenaje a la Escuela libre de Derecho con motivo de su primer Centenario. México D.F: GRAFS.