



UNIVERSIDAD INDOAMÉRICA

UNIDAD DE POSGRADOS

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**LA TENENCIA DE LOS HIJOS LUEGO DE LA SEPARACIÓN DE LOS
PADRES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 28-15-IN-21 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del título de
Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autora

María Elena Sandoval Ortiz

Tutor

Marcelo Geovanni Galarraga Carvajal

QUITO – ECUADOR

2023

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, María Elena Sandoval Ortiz, declaro ser autor del Trabajo de Titulación con el nombre “LA TENENCIA DE LOS HIJOS LUEGO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 28-15-IN-21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 26 días del mes de septiembre del 2023, firmo conforme:

Autor: María Elena Sandoval Ortiz

Número de Cédula: 1715784763

Dirección: Pichincha, Mejía, Machachi, barrio Libertadores

Correo electrónico: marielsandoval21@hotmail.com

Teléfono: 0998402218

Firma:



Firmado por
MARIA ELENA
SANDOVAL ORTIZ
EC

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “LA TENENCIA DE LOS HIJOS LUEGO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 28-15-IN-21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR” presentado por María Elena Sandoval Ortiz, para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 26 de septiembre del 2023

.....
Dr. Marcelo Galarraga Carvajal, Mg

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 26 de septiembre del 2023

 Firmado por
MARIA ELENA
SANDOVAL ORTIZ
EC

.....

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: LA TENENCIA DE LOS HIJOS LUEGO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 28-15-IN-21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 26 de septiembre del 2023

.....

Dr. Jorge Miranda Calvache, Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....

Ab. Clara Soria Carpio, Mg.
VOCAL

.....

Dr. Marcelo Galárraga Carvajal, Mg.
VOCAL

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

TEMA.....	i
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	¡Error! Marcador no definido.
APROBACIÓN TRIBUNAL.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
DEDICATORIA.....	ix
AGRADECIMIENTO.....	x
RESUMEN EJECUTIVO	xi
ABSTRACT	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: LA PATRIA POTESTAD	2
Antecedentes de la Patria Potestad	2
Patria Potestad.....	3
Patria Potestad después de la separación de los padres	4
Consideraciones para establecer la patria potestad.....	6
La Tenencia.....	6
Custodia	6
Tipos de custodia	7
Custodia compartida	8
Diferencia entre patria potestad, custodia y tenencia	8
Efectos del otorgamiento de la Tenencia	9
Problemática de la tenencia:	9
La coparentabilidad.....	10
Efectos de la tenencia compartida	11
Responsabilidad parental	12
Responsabilidad parental para padres separados.....	14
Responsabilidad parental exclusiva	14
Responsabilidad compartida	14
Derechos y deberes de los progenitores.....	14
Responsabilidades parentales	¡Error! Marcador no definido.

Equidad de género	15
Derecho a la igualdad	16
La igualdad material	17
La igualdad formal.....	18
La igualdad ante la Ley.....	18
Igualdad y equidad.....	19
Igualdad de género.....	20
El derecho a la igualdad de los progenitores:	20
Normativa Internacional	21
Marco normativo nacional acerca de la patria potestad y la tenencia ..	21
CAPÍTULO SEGUNDO: ANALISIS DEL CASO	25
Temática a ser abordada: Análisis del caso Nro. 28-15-IN	25
Puntualizaciones metodológicas	25
Antecedentes del caso concreto	25
Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador	28
Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional	28
Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al numeral 2 y 4 del artículo 106 del código Orgánico General de Procesos.....	28
Sobre el escrutinio estricto distinción mujer con relación a la norma impugnada.	30
Sobre el escrutinio medio ordinario con relación a la norma impugnada. –	30
Análisis del principio del interés superior de los NNA.	31
Derecho a ser escuchado y opinión como elemento de interés superior de NNA.	32
Preservación del entorno familiar y mantenimiento de relaciones. - ¡Error!	
Marcador no definido.	
¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?.....	¡Error! Marcador no definido.
Sobre la violencia vicaria de genero	¡Error! Marcador no definido.
Consideraciones Adicionales.....	35
Análisis crítico a la sentencia constitucional	36
Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano	36

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional	36
Métodos de interpretación	38
Propuesta personal de solución del caso.....	39
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA.....	41

DEDICATORIA

Con cariño para mis queridos hijos Nathalia y Martin, como muestra de que todo es posible, solo hay que empezar, a mi esposo Edison Eduardo quien está conmigo apoyándome en éste nuevo reto.

AGRADECIMIENTO

A todos mis maestros de la Universidad Indoamérica por todo el conocimiento impartido.
A mis padres Julio Alberto y María Mercedes por la educación impartida en mi hogar, por su esfuerzo y trabajo que permitieron el bienestar de la familia.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: LA TENENCIA DE LOS HIJOS LUEGO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 28-15-IN-21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

AUTOR: María Elena Sandoval Ortiz

TUTOR: Dr. Marcelo Geovanni Galárraga Carvajal

RESUMEN EJECUTIVO

Cuando un matrimonio termina por divorcio o la unión de hecho llega a su fin, aparecen nuevos problemas, problemas materiales en relación a los bienes de la pareja, problemas emocionales en relación a los planes o proyectos de vida que se trazaron al largo de su unión, problemas afectivos, psicológicos y legales con relación a la tenencia, visitas y alimentos de los niños menores de edad; el objetivo de éste trabajo es conocer la legislación ecuatoriana sobre la tenencia de los hijos menores de edad luego de la separación de sus progenitores, cuál de los dos progenitores debería tener la tenencia, se analiza varios puntos de vista para responder estas interrogantes, mediante éste análisis se profundizará sobre el tema, los menores de edad tienen la necesidad de tener el afecto, el apoyo económico y el tiempo compartido con sus progenitores, el problema se da porque se involucran estos tres aspectos; en diciembre del 2021 se declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la igualdad ante la Ley, es decir el padre y la madre tienen el mismo derecho para que se les otorgue la tenencia de sus hijos, en cambio el código orgánico de la niñez y adolescencia daba la preferencia para la tenencia a la madre cuando no se ponían de acuerdo las partes, se observará la opinión de varios amicus curiae que comparecieron unos a favor de la inconstitucionalidad y otros en su contra. La metodología que se utiliza es el estudio de caso que nos permitirá saber pormenorizadamente la temática. Luego se realizará una sugerencia y opinión con respecto del contenido de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, y su aplicación.

DESCRIPTORES: derecho a la igualdad, coparentabilidad, patria potestad y tenencia.

Master's Degree in Law with major in Constitutional Law

AUTHOR: SANDOVAL ORTIZ MARIA ELENA

TUTOR: GALARRAGA CARVAJAL MARCELO

ABSTRACT

CUSTODY OF CHILDREN AFTER PARENTAL SEPARATION: ANALYSIS OF

When a marriage ends in divorce or a common-law union comes to an end, new problems arise - material issues regarding the couple's assets, emotional issues related to the life plans or projects they had envisioned throughout their union, affectional, psychological, and legal issues concerning the custody, visitation, and support of minor children. The objective of the current work is to understand Ecuadorian legislation regarding the custody of minor children after their parents' separation. It aims to determine which of the two parents should have custody, analyzing various perspectives to answer these questions. Through this analysis, we will delve deeper into the subject. Minor children have a need for affection, financial support, and shared time with their parents, and the issue arises because these three aspects are involved. In December 2021, the unconstitutionality of paragraphs 2 and 4 of Article 106 of the Organic Law on Childhood and Adolescence was declared. This was because the Constitution of the Republic of Ecuador recognizes the right to equality under the law, meaning that both the father and mother have an equal right to be granted custody of their children. In contrast, the Organic Law on Childhood and Adolescence previously gave preference to the mother when the parties could not reach an agreement. We will also consider the opinions of various "amicus curiae" who appeared both in favor and against the unconstitutionality declaration. The methodology used is a case study, which will allow us to delve into the topic in detail. Finally, suggestions and opinions will be made regarding the content of the judgment of the Constitutional Court of Ecuador and its application.

KEYWORDS: Right to Equality, Co-Parenting, Parental Authority, and



INTRODUCCIÓN

La tenencia de los hijos luego de la separación de los padres, es un tema importante en la vida de quienes deciden terminar con su relación, el Código de La Niñez y Adolescencia fue expedido en el año 2003, es decir que han pasado veinte años, tiempo en el que nuevos aspectos han cambiado, las mujeres de hoy no son como las de antes en el sentido de que hoy cumple más roles en la sociedad, pues la madre de antes se ocupaba en su mayoría en ser amas de casa; y, por ende de cuidar de los niños, en la actualidad muchas mujeres estudian, trabajan y son quienes económicamente aportan al hogar, el hecho que la mujer tenga sus propios ingresos a dado un cambio a su proceder, porque actualmente la mujer tiene una vida social más activa, lo que ha llevado al descuido de sus hijos, además los padres requieren la tenencia de sus hijos ya que manifiestan poder probar que con ellos los niños estarían mejor.

El objetivo general de este trabajo es determinar si fue o no acertada la resolución de la Corte Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Los objetivos específicos de este trabajo están en dos capítulos, el capítulo uno que analizar el concepto de patria potestad, tenencia, sus clases, efectos, su problemática, y su normativa legal, encontrar posibles soluciones a través de la tenencia compartida, la corresponsabilidad parental y el derecho a la igualdad. En el capítulo dos, el objetivo es analizar la sentencia constitucional Nro. 28-15-IN, para tener conocimiento de los criterios jurídicos de las partes, los amicus curiae y los jueces.

La justificación de la investigación en el aspecto social es mejorar las relaciones familiares con los hijos cuyos padres se han separado, que no tengan una mala imagen de ninguno de sus progenitores, académica conocer la resolución de la corte y aplicarla en la defensa a la igualdad de condiciones; y, jurídica demostrar que la tenencia más propicia es aquella en que se realiza la evaluación de equitativa a los progenitores a fin de que no exista preferencia por ninguno y sugerir la tenencia compartida.

La metodología que se usará es el análisis cualitativo, analítico, sintético deductivo realizando el método de estudio de caso, ya que todo necesita un cambio, que se adapte a la actualidad en la que se vive, el tiempo pasa la sociedad cambia y es necesario adaptarse a ella; y, realizar modificaciones al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el derecho a la igualdad como progenitores, es necesario para que el juez resuelva la tenencia en base a argumentos válidos, mediante todos los medios de prueba que se aporta al Juez para su resolución, como también velar por el bienestar del menor a fin de que no sea maltratado, y si sufrió algún tipo de maltrato reciba terapias que le ayuden a crecer sin traumas.

CAPÍTULO PRIMERO: LA PATRIA POTESTAD

Antecedentes de la Patria Potestad

La regulación de la paternidad se inserta fundamentalmente dentro del conjunto de reglas que denominamos Derecho de Familia, esto es la regulación de las relaciones entre los miembros de la familia y de ésta con los terceros. Todo lo que atañe al Derecho de Familia obliga a mirar los antecedentes relacionados con este tema, además por la profunda transformación que su regulación ha tenido en el tiempo y, fundamentalmente, desde la codificación decimonónica (siglo XIX) hasta el presente (Domínguez, 2011).

El artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece el principio de que ambos padres tienen responsabilidades comunes en la crianza y el desarrollo del niño. Un requisito previo de la responsabilidad parental compartida es que los padres sean iguales ante la ley. Ha habido un cambio claro hacia la igualdad de los padres en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa desde la década de 1970. Es interesante notar aquí que en 1975, el Artículo 7 de la Convención Europea sobre el Estatus Legal de los Niños Nacidos Fuera del Matrimonio (ETS No. 85) establecía que “cuando la filiación de un niño nacido fuera del matrimonio ha sido establecida respecto de ambos padres, la patria potestad no puede atribuirse automáticamente al padre solamente”. Por lo tanto, el objetivo en 1975 era salvaguardar los derechos de la madre. En consecuencia, las responsabilidades de los padres se relacionan con un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y proteger los derechos y el bienestar del niño. Sin embargo, debe señalarse que algunos Estados miembros prefieren utilizar el término “patria potestad” (Comisión de Igualdad y No Discriminación de Europa, 2015).

Mientras viven juntos, los padres usan su autoridad parental juntos, estén o no casados. Si los padres ya no viven juntos y solo uno de ellos tiene la patria potestad de los hijos, el otro padre aún conserva la autoridad parental. El padre que tiene la patria potestad decide dónde vivirán los niños. El padre que no tiene la patria potestad todavía tiene todos los demás derechos y responsabilidades de la autoridad parental (por ejemplo, educación, suministro de alimentos, decisiones sobre la atención médica). La patria potestad significa que el padre que la tiene ejerce la autoridad parental todos los días, mientras que el otro padre lo hace desde la distancia. Pero el padre que no la tiene debe ser consultado sobre todas las decisiones importantes relacionadas con los niños (Ministerio de Justicia de Canadá, 2020).

Para Acuña (2015) la patria potestad se concibe como la función tuitiva que corresponde a los padres respecto de sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal y patrimonial. La patria potestad aparece como un efecto legal y propio de la relación paterno-filial; se configura como una función tuitiva general, comprensiva

tanto de la esfera patrimonial como de la esfera personal del menor; se la concibe como un sistema de protección, cuidado, asistencia física, moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo no emancipado y de los mayores de edad con capacidades especiales (p56).

El ejercicio conjunto de la patria potestad y la asignación de la tutela a uno de los padres sugiere que el padre con esta responsabilidad tomará decisiones cotidianas por el niño, pero que ambos padres deberán ponerse de acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan la crianza y el desarrollo del niño. reubicación del hijo menor; cada vez que tal movimiento haría más difícil o imposible cumplir con el programa de visitas existente; la elección de escuela secundaria por parte del menor; su educación religiosa o secular; la participación del niño en actividades extracurriculares; su sometimiento a tratamiento médico o psicológico; (Reyes, 2017). Si alguno de los padres no está físicamente allí cuando ocurre un evento importante en la vida que involucra a su hijo menor, tienen la obligación de averiguar tanto como sea posible sobre el evento y cómo afectó a su hijo. (Vallespín, 2013)

Patria Potestad

La patria potestad poseen los dos padres sobre el hijo menor de edad, desde su nacimiento, la patria potestad permite a los dos padres encargarse del cuidado, la protección del menor de edad, los dos padres eligen que tipo de educación dar a sus hijos, los padres son los responsables y representantes del menor, aún en los casos en los que el progenitor no viva con su hijo o hija, para trámites médicos es necesario la firma de los dos padres, para que el niño salga del país de igual manera, o cuando el menor tiene problemas legales los dos padres representan el menor, el problema empieza cuando los progenitores se disputan por la tenencia de los hijos y esto sucede cuando ellos se separan o divorcian. Pues la tenencia se refiere al cuidado personalizado del niño, ósea la tenencia puede tener el padre, la madre o uno de los abuelos, es decir cuando los padres se divorcian los dos tienen la patria potestad de los hijos, pero la tenencia uno de los dos progenitores; y, el otro proporciona una pensión de alimentos, teniendo el derecho a visitas.

Al respecto el numeral 5 del artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador dice:

“El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De acuerdo al Código Civil Ecuatoriano en su artículo 283 manifiesta que: “ la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados” (Código civil Ecuatoriano, 2005).

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el artículo 105, manifiesta que: “también es el conjunto de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la constitución y la ley” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La patria potestad corresponde a los padres sobre los hijos, independientemente, que se encuentren, casados entre sí o no, o exista unión de hecho, o se encuentren separados o divorciados, porque es la corresponsabilidad entre padres e hijos, ya que se fundamenta en la relación parento filial y ante todo en la educación para que crezcan con un desarrollo integral adecuado.

¿Qué pasaría si no hubiese patria potestad? Pues los menores de edad se mandarían solos, podrían realizar contratos, lo que podría ocasionar problemas debido a que no poseen una madurez física, emocional y psicológica, por lo que tanto la ley ecuatoriana como los tratados internacionales protegen al menor de edad, reconociéndolo como grupo vulnerable. Es por ello que existe una ley específica para la protección de sus derechos y sus garantías fundamentales.

Los ordenamientos jurídicos la patria potestad se concibe como la función tuitiva que corresponde a los padres respecto de sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal y patrimonial. La patria potestad aparece como un efecto legal y propio de la relación paterno-filial; se configura como una función tuitiva general, comprensiva tanto de la esfera patrimonial como la esfera personal del menor (Acuña, 2015, p. 56).

Patria Potestad después de la separación de los padres

Luego del divorcio o separación de los padres puede disputarse la patria potestad de los hijos, para lo cual el juez tendrá las siguientes reglas para otorgar la patria potestad, primera regla: el juez escuchará la opinión de los hijos menores de edad, segunda regla: tratará de que los dos padres se pongan de acuerdo, en tercera regla: declarada inconstitucional ya que vulnera el derecho a la igualdad, era que a falta de un acuerdo entre los padres la patria potestad de quienes no cumplieran los 12 años, la tenía la madre siempre que no perjudicara a los derechos de los hijos. Cuarta regla: cuando se trate de hijos mayores de 12 años y menores de 18 años, se confiará la patria potestad al cónyuge que demuestra mayor estabilidad emocional, mejor desempeño psicológico, demuestre dedicación al cuidado de los niños y estabilidad familiar para su desarrollo, quinta regla: si los dos progenitores demuestran igualdad de condiciones, se daría preferencia a la madre siempre que no perjudique a los intereses de los menores de edad, ésta condición también declarada

inconstitucional ya que vulnera el derecho de igualdad . Sexta regla en ningún caso se confiará la patria potestad a quien la haya perdido por resolución judicial en los casos de maltrato físico, psicológico, sexual o laboral, por demencia, por interdicción, alcoholismo, privación de la libertad, desinterés en mantener buenas relaciones parentales con el menor por un tiempo superior de seis meses, por incumplimiento de deberes que impone la patria potestad o inducir a la mendicidad a los hijos. Séptima regla: en el caso que no se pueda nombra a ninguno de los progenitores por falta o inhabilidad de ambos, el juez podrá nombrar un tutor de acuerdo a las reglas generales.

Las herramientas que utiliza el juez para sacar una conclusión y otorgar la patria potestad a una de las partes es decir a uno de los progenitores o a sus abuelos o tutores son las pruebas, éstas pruebas deben ser útiles, conducentes y pertinentes.

El artículo 160 del código orgánico general de procesos que dice:

Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal (Código Orgánico General de Procesos 2016).

El significado de que una prueba sea pertinente, quiere decir que se relacione con los hechos; útil quiere decir que tenga suficiencia demostrativa en el debate jurídico; y, conducente que el contenido de la prueba permita demostrar los hechos que se alegan, si la prueba no cumple con estos requisitos el juez de oficio o a petición de parte la rechazará.

Las pericias técnicas profesionales como prueba, son necesarias para demostrar cuál de los progenitores, brinda mejores garantías de cuidado, de estabilidad emocional para los hijos, al juez le interesa velar por el interés superior del niño.

En cada Unidad Judicial existe una oficina técnica que realiza el estudio psicológico, social, y médico del niño, este informe es de vital importancia para la decisión del juez, ya que contiene en una valoración psicológica tanto del niño, del padre y también de la madre en el cual existe una recomendación por parte del profesional en psicología, en cuanto al informe socio económico, es elaborado por la trabajadora social, quien se encarga de visitar los hogares del padre, de la madre, entrevistar a personas o familiares cercanos al niño, a visitar su establecimiento educativo, y emitir una conclusión que el juez la tomará en cuenta al momento de resolver; y finalmente está la valoración médica, la misma que permite descubrir si el niño o niña tiene algún problema médico, en ésta valoración se puede descubrir huellas de maltrato, por escoriaciones en la piel, indicios de descuido al demostrar desnutrición, falta de higiene y cuidado, este informe da a conocer a juez si el menor de edad, requiere tratamiento, vitaminas o exámenes médicos por realizar.

Otra prueba es las declaraciones de parte tanto del actor como del demandado, las pruebas documentales tanto público como la denuncia por maltrato, las partidas de nacimiento, los documentos notariados; o, documento privado como los producidos por las partes sin la intervención de los funcionarios públicos, pueden ser cuadernos del menor, certificados médicos particulares, pruebas testimoniales como las declaraciones de testigos. Los elementos de convicción permiten que el juez tome su decisión.

Consideraciones para establecer la patria potestad

Las principales consideraciones para tomar la decisión acerca de la patria potestad son las siguientes:

- El beneficio para el niño de tener una relación significativa con sus padres
- La necesidad de proteger al niño de daños físicos y psicológicos, y de ser sometido o expuesto a abuso, negligencia y violencia familiar.
- La consideración de proteger al niño del daño tiene mayor peso.
- Por lo tanto, si un padre está causando daño al niño o exponiéndolo a él, el juez determinará que una relación significativa con ese padre no beneficia al niño. Esto es especialmente cierto para los casos que involucran abuso doméstico físico, emocional o sexual (Robertson, 2020).

La Tenencia

La tenencia es la responsabilidad y facultad de criar a los hijos menores de edad, bajo su responsabilidad, la persona que tiene la tenencia de su hijo o hija se encarga de brindarle vivienda, alimento, salud, cuidado personal, afecto, ayudarlo en los estudios académicos y deportivos, es el progenitor o tutor que convive con sus hijos.

La mayoría de las mujeres tienen la tenencia de los hijos menores de edad, y el padre proporciona alimentos, pero la patria potestad la tienen los dos padres. Es decir, así tenga la tenencia del menor es necesario para varios actos el consentimiento o autorización del padre.

La Corte Constitucional Ecuatoriana en su jurisprudencia sugiere incorporar la figura de tenencia compartida determinando que los artículos 11 y 106 del Código de la Niñez y de la Adolescencia son contrarios entre sí (Rodríguez et al., 2022). Esta contraposición a su vez llega a transgredir los principios de igualdad y proporcionalidad entre progenitores, direccionando en la mayoría de los casos a que sea la madre quien asuma la tenencia de sus hijos. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

Custodia

La custodia compartida no es el único modelo relacional que permite concretar la corresponsabilidad parental; esta, en cuanto principio, debe orientar todas las decisiones y ejercicio de todas las facultades y deberes de los padres con sus hijos y no opera solo en materia de cuidado compartido (San Martín, 2013).

La "Cuando los padres se divorcian o se separan, uno de los padres puede solicitar la custodia legal de su hijo o hijos menores. Esto se conoce como "custodia del menor" en la terminología legal. Los hijos de la relación, ya sea por divorcio, anulación o separación, no pueden continuar viviendo con ambos padres y, en cambio, deben ser colocados bajo el cuidado principal de uno de los padres." (Legal Information Institute , 2020).

Tipos de custodia

Hay una variedad de tipos de custodia presente en las legislaciones mencionadas por Legal Information Institute (2020):

Custodia física: Uno de los padres tendrá el derecho legal de que el niño resida con ellos. Cuando un niño reside principalmente con uno de los padres, pero también tiene derechos de visita con el otro, el padre con quien reside principalmente el niño tiene la custodia física exclusiva. En casos de custodia física compartida, ambos padres tienen derecho a pasar tiempo con el niño y que el niño viva con ellos siempre que lo hagan en la misma área geográfica.

Custodia legal: Esto significa que uno de los padres tendrá el derecho y la responsabilidad de tomar decisiones sobre la crianza del niño, incluidas las relacionadas con la educación, la atención médica, la educación religiosa y otros asuntos del niño. Con la custodia legal conjunta, ambos padres pueden tener voz en las decisiones importantes sobre la crianza de sus hijos. Sin embargo, es posible que se requiera la participación de un juez si los padres no pueden ponerse de acuerdo sobre lo que es mejor para su hijo..

Custodia conjunta: Esto significa que ambos padres son igualmente responsables del bienestar de su hijo y de tomar decisiones importantes sobre la salud y la educación del niño. La mayoría de los estados reconocen dos tipos de custodia compartida: custodia física y custodia legal.

Custodia única: El juez otorga la custodia legal y/o física del niño a un solo padre bajo este arreglo. Lo más probable es que el otro padre tenga derecho a un horario de visitas. Tal escenario puede surgir si el tribunal dictamina que uno de los padres no es apto para cuidar a su hijo debido a su abuso de drogas o alcohol, historial de abuso infantil u otros factores que amenazan el desarrollo saludable del niño.

Custodia compartida: El concepto de custodia compartida se originó a principios de la década de 1970 de un pequeño número de padres, incluidos los profesionales de la salud mental, que deseaban la continuidad en su relación con sus hijos después del divorcio y se opusieron firmemente a que se les privara de sus derechos parentales simplemente porque el divorcio había ocurrido. El creciente interés en la custodia compartida como un medio para preservar el estado y las responsabilidades de los padres se vio reforzado por varios desarrollos paralelos. Primero, después de centrarse casi exclusivamente en madres y niños durante décadas, el campo del desarrollo infantil comenzó, a principios de la década de 1970, a estudiar las contribuciones del padre al desarrollo del niño. La literatura en expansión sugiere que las contribuciones de los padres al desarrollo de sus hijos han sido subvaloradas, al igual que la importancia del apego de los niños a sus padres. Segundo, los roles de género dentro de las familias comenzaron a cambiar, particularmente en las familias con doble carrera. Más madres comenzaron a trabajar fuera del hogar además de llevar a cabo las responsabilidades domésticas. Para distribuir la carga de trabajo de manera más uniforme, un mayor número de padres en familias con doble carrera participaron más plenamente en las responsabilidades del hogar y la crianza de los hijos. Si bien las mujeres aún pasan mucho más tiempo que los hombres cuidando niños y realizando tareas domésticas, el aumento de la participación paterna puede reflejar una tendencia social. Como resultado, muchas madres y padres querían que los padres desempeñaran un papel más importante en la vida de sus hijos después del divorcio. Y tercero, cuando el divorcio atrajo la atención de la nación, numerosos estudios documentaron la sensación de pérdida y alienación experimentada por los padres e hijos sin custodia en los arreglos de custodia tradicionales después del divorcio (Kelly, 2004).

Diferencia entre patria potestad, custodia y tenencia

Hablar de tenencia y patria potestad no es sinónimo, la primera corresponde al ejercicio de la convivencia diaria, mientras que la segunda es un derecho ineludible de padres y madres frente a los hijos indistintamente de su situación de pareja. La normativa vigente prevé situaciones mediante las cuales una u otra puede perderse, suspenderse o limitarse. Para poder ejercer la custodia compartida no basta con modificar la norma, es preciso una valoración exhaustiva de cada caso en particular, así como romper barreras culturales de prototipos y estigmas sociales. Estos estereotipos de discriminación no afectan únicamente a la mujer, ya que el rol masculino también puede verse afectado (Rodríguez et al., 2022).

Después del análisis de la cita transcrita se determina las diferencias entre la patria potestad y la tenencia son las siguientes:

1.- La patria potestad es un conjunto de derechos, deberes y obligaciones de los progenitores con sus hijos, en cambio la tenencia es la convivencia con el menor bajo un mismo techo.

2.- La patria potestad la ejercen los dos progenitores de forma conjunta, en cambio la tenencia puede tenerla solo uno de los dos en caso de separación.

3.- La tenencia surge luego del divorcio o separación y se obtiene mediante resolución judicial, la misma que puede ser modificada si cambian las circunstancias que la motivaron, en cambio la patria potestad se mantiene mientras sean hijos no emancipados.

La opinión de los niños involucrados en un caso de tenencia o de patria potestad es muy importante, es así que el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dice:

Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Efectos del otorgamiento de la Tenencia

Los efectos de otorgar la tenencia al padre o a la madre tiene dos ejes importantes el uno es que el menor de edad esté bajo el cuidado del progenitor que brinde más bienestar al niño; y, el segundo eje es que el progenitor a quien no se le concedió la tenencia está obligado a pasar una pensión alimenticia, y tiene derecho a que se le fijen días de visitas.

Sí la tenencia sería compartida y el niño fuera cuidado por la madre una semana y la próxima por el padre, se suministraría de forma directa los alimentos, quiere decir que no sería necesario fijar pensión de alimentos sino otro tipo de pensión que sea específicamente para pagar la salud, los estudios y la vivienda. valores y cuál es el Entonces al momento de litigar se debería especificar cuál es el monto de éstos ingreso de cada alimentante para que los dos progenitores, asuman esos gastos, esto a la vez generaría mucha zozobra, la tenencia compartida debería darse siempre y cuando el padre y la madre tenga la voluntad, el tiempo y la paciencia para dedicarse a su hijo.

Las resoluciones de tenencia no causan ejecutoria, es decir conforme cambian los escenarios, se puede solicitar al juez que conoce la causas, que realice una nueva resolución cambiando la tenencia al otro progenitor por haber variado las circunstancias, llámese esto maltrato, descuido, fallecimiento, etcétera.

Problemática de la tenencia:

La tenencia de los niños genera limitaciones especialmente en la administración de tiempo, puesto que a los niños hay que dedicarles tiempo para llevarlos al plantel educativo,

revisar los deberes, llevarlos al médico, cuidarlos que no tengan malas amistades, ayudarles en problemas que adquieren mientras van creciendo, la tenencia involucra más entrega, la pensión alimenticia es un apoyo económico pero la tenencia de los niños conlleva dedicación y cuidado las 24 horas.

El problema del otorgamiento de la tenencia es que muchas veces un juez resuelve injustamente, muchas veces los hijos no desean ir voluntariamente con su progenitora, en otras ocasiones este proceso se demora demasiado en ser resuelto, lo que implica que hasta que el juez resuelva el niño tiene que vivir con el progenitor que le maltrata o le descuida.

La demora en la tramitación del juicio de tenencia y la entrega de los informes de la oficina técnica, lleva consigo un ambiente inadecuado para el menor de edad, que se encuentra desamparado o bajo maltrato, luego de la pandemia del covid19 las estadísticas indican que los menores de edad se encuentran involucrados en problemas delictivos, robos, sicaratos, drogadicción, tráfico de estupefacientes y hasta homicidios.

Otro problema de la tenencia es el horario de trabajo de los progenitores, en virtud de trabajos con horarios que no le permiten encargarse al cien por ciento de sus hijos, o tienen horarios rotativos, lo que les ayuda en ese caso es el apoyo de familiares que ayudan a cumplir el rol que deberían hacer los padres.

La coparentabilidad

Es la capacidad de los dos padres para realizar las cosas juntos, como la crianza y cuidado de los hijos, éstos sería un sueño casi inalcanzable cuando existe un divorcio o separación, en la mayoría de los divorcios uno de los cónyuges no tiene el menor interés de cuidar a los niños, es por eso que la madre se ve obligada a demandar alimentos para los niños, esa es nuestra realidad ecuatoriana, pero si existe una minoría de padres que quieren la tenencia de los niños, de mi experiencia como abogada he notado que esta minoría que si se preocupa de los niños y piden luchar por su tenencia es porque saben que sus hijos son maltratados, sea por la propia madre, por su pareja o por uno de sus familiares, también existen casos en los que los padres al momento de divorciarse se preocupan de los hijos, dejan a un lado el orgullo y acuerdan el cuidado de los niños, están pendientes de mandarles a cursos extras, se organizan para compartir los fines de semana, los cumpleaños y las fiestas especiales como navidad y año nuevo, tienen la predisposición de hacer terapia; y, maduramente aceptan que como pareja no funcionan, pero que como padres deben hacer un esfuerzo, ese niño tiene la suerte de tener padres responsables y afectuosos, así no hayan sido buenos esposos, el punto es que al momento de realizar el divorcio la ley no les permite mantener esta forma de vida, y esta organización pues el juez solicita que se determine que la madre tenga la tenencia y el padre tenga visitas, es necesario que si los padres se ponen de acuerdo exista en la legislación una tercera opción que sería la tenencia compartida, en la cual los dos padres puedan compartir el tiempo con el niño de forma adecuada, y además

compartan los gastos de escuela, medicamentos, uniformes vestuario y otros. Así el niño aprendería de los padres y los padres compartirían más tiempo con sus niños.

Efectos de la tenencia compartida

Para empezar la tenencia compartida no existe como opción en nuestra legislación ecuatoriana, en cambio en si existe en Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Venezuela, Bolivia, Panamá, España, Alemania, Francia, Reino Unido e Italia.

Para que exista la tenencia compartida es necesario que exista buena comunicación entre las partes, que prevalezca la intención de brindar la mejor educación y afecto a su hijo o hijos, para evitar el abuso del derecho ya que ciertos padres a fin de no pagar la pensión alimenticia, pedirían la tenencia compartida, si ellos no pueden solucionar sus problemas, peor aún podrían tener el grado de madurez como para hablar y coordinar la tenencia del niño, además esto debería tomarse en cuenta que se debe establecer los pagos escolares y otros gastos ya que muchos padres o madres desearían la tenencia compartida como un escape para no pagar pensiones alimenticias, entonces la tenencia compartida iría en una resolución siempre y cuando también se establezca el pago de los gastos de forma igualitaria si sus ingresos son iguales y de forma equitativa si los ingresos de los padres son diferentes pues el cónyuge con más ingresos debería costear más gastos de sus hijos.

La tenencia compartida es para parejas con un alto grado de madurez, ya que en los casos en los que el padre insulta a su madre y la madre hace de menos a su padre, sería un doble perjuicio al niño podría bajar su autovaloración ya que escucharía de su madre que su padre no vale para nada y que su madre es una mala persona, pues el niño que identidad va a tener, va a crecer desvalorizado, mientras que sus compañeros tienen la imagen de que su padre es un superhéroe, y su madre es hermosa, la tenencia compartida podría darse siempre que los padres asistan a terapias que les permitan ser mejores personas.

El Estado reconoce a la familia, como eje fundamental de la sociedad, por lo cual. En el artículo 67 de la Constitución del Ecuador:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan íntegramente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitución Política del Ecuador, 2008).

El Art 101 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dice: “Padres e hijos se deben el cariño, la solidaridad, el apoyo, el respeto y demás consideraciones necesarias para que cada uno disfrute plenamente de los derechos y responsabilidades que conlleva el ser un ser humano.” (código orgánico de la niñez y Adolescencia, 2003).

Prácticamente es un derecho fundamental el que se deben los padres y los hijos, la desventaja de los niños es que el orgullo y el resentimiento, que impiden que los niños tengan un acercamiento a los padres.

La tenencia compartida no parte desde la igualdad de género, sino de lo que es más conveniente, educativo y en beneficio del menor de edad, Según estudios de la Unicef, indica que:

Cuando un niño no crece al cuidado de uno de sus progenitores es más propenso a desarrollar desordenes de conducta, y varias otras consecuencias que se originan por esta circunstancia. Por eso es necesario realizar un análisis desde el punto de vista jurídico, esto con el fin de establecer los pasos o mecanismos necesarios para implementar un plan de acción encaminado a cubrir todas las falencias de los sistemas judiciales (CEPAL, 2007).

La mayoría de casos el padre que no tiene la tenencia ni siquiera visitan a sus hijos y no por que la madre se oponga, sino que ya tiene un nuevo hogar no les interesa visitar a sus hijos.

Existen casos que a pesar de que el juez otorga la tenencia al padre, la madre no entrega a sus hijos complicando la situación, de forma que a pesar que está la policía, el padre no opta por usar la fuerza, simplemente se resigna a que la madre no mande a sus hijos.

“La crianza es un trabajo demasiado complejo para que quienes juegan el rol de progenitores y cuidadores tengan que hacerlo solos. Necesitan apoyo para dar a sus hijos el mejor comienzo posible en la vida”. (<https://www.unicef.org/es/apoyo-la-crianza>)

Responsabilidad parental

La responsabilidad parental significa las diferentes responsabilidades y deberes que los padres tienen legalmente para el cuidado, desarrollo y bienestar de sus hijos. Se define como todos los deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que, por ley, los padres tienen en relación con los hijos. La responsabilidad parental no cambia automáticamente cuando los padres se separan o se divorcian. A menos juez diga lo contrario, cada padre sigue siendo responsable de su hijo hasta que cumpla 18 años (Robertson, 2020).

La teoría acerca del cuidado de los niños y niñas presenta seis puntos principales como "asuntos importantes a largo plazo" sobre los cuales los padres con responsabilidad parental deben tomar decisiones estos son:

- La educación actual y futura del niño.
- La salud del niño, especialmente los procedimientos médicos.
- La educación religiosa y cultural del niño.
- Cambiar el nombre del niño
- Autorizar un documento de viaje para el niño
- Cambiar los arreglos de vida del niño de una manera que les haga mucho más difícil pasar tiempo con sus padres
- Una de las partes más importantes de la responsabilidad parental es tomar decisiones sobre la vida y el futuro del niño.

Investigadores y expertos coinciden en su definición: la patria potestad es el conjunto de responsabilidades y derechos que tienen los padres en relación con el bienestar de sus hijos mientras son menores de edad y aún no son adultos legalmente. La responsabilidad parental se guía por el interés superior del niño y el principio de igualdad. (Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires, 2017).

El término "responsabilidad de los padres" se refiere a la obligación inherente a brindar orientación, cuidado, apoyo y crianza a los bebés, niños y adolescentes a lo largo de su desarrollo. Esto incluye el deber conjunto y compartido del padre y la madre del niño para garantizar que su hijo alcance su pleno potencial. (San Martín, 2013).

“El deber de los padres de estar allí con sus hijos, de satisfacer sus necesidades físicas y emocionales, de garantizar que sus hijos reciban una educación integral, de defenderlos en los tribunales y administrar sus asuntos financieros son deberes que deben cumplirse.” (Duque, 2018).

Todas las madres y la mayoría de los padres tienen derechos y responsabilidades legales como padres, lo que se conoce como "responsabilidad parental". Sus funciones más importantes son: proporcionar un hogar para el niño y proteger y mantener al niño. También son responsables de: disciplinar al niño, elegir y proporcionar la educación del niño, aceptar el tratamiento médico del niño, nombrar al niño y aceptar cualquier cambio de nombre y cuidar su propiedad. Los padres deben asegurarse de que sus hijos reciban apoyo financiero, tengan o no responsabilidad parental (Vallespín, 2013).

En un contexto de derecho de familia, los derechos de los padres se refieren a los derechos de los padres para tomar decisiones importantes y tomar ciertas acciones en nombre de su hijo o hijos. En general, se considera que tales derechos se aplican automáticamente a los padres biológicos, así como a los padres adoptivos, los padres adoptivos y, en algunos casos, los tutores legales (Wishnia, 2019).

Los derechos de los padres generalmente incluyen el derecho a:

- Asumir la custodia legal y física de un niño o niños
- Poseer ciertos derechos sobre visitas y contacto con un niño o niños.
- Tomar decisiones sobre asuntos fundamentales para un niño o niños, como Educación.
- Religión.
- Tratamientos médicos.
- Pasar propiedad a un hijo o hijos a través de la herencia.
- Celebrar un contrato en nombre de un menor o menores.

Esencialmente, los derechos de los padres están destinados a proteger y garantizar el bienestar de un niño. Las leyes que definen los derechos de los padres varían ampliamente de un Estado a otro. En cualquier caso, todos los tribunales interpretan los derechos de los padres utilizando el estándar de interés superior del niño (Wishnia, 2019).

Responsabilidad parental para padres separados

Si un padre tiene la responsabilidad parental de un niño pero no vive con ellos, no significa que tenga derecho a pasar tiempo con sus hijos. Sin embargo, el otro padre debe incluirlo al tomar decisiones importantes sobre sus vidas. No siempre necesita obtener el consentimiento del otro padre para las decisiones de rutina, incluso si también tienen la responsabilidad parental. Si es una decisión importante (por ejemplo, quiere mudarse al extranjero con sus hijos), ambos padres con responsabilidad deben acordar por escrito (San Martín, 2013).

Responsabilidad parental exclusiva

Cuando alguien tiene la responsabilidad parental exclusiva, significa que no necesita consultar con su ex pareja para llegar a un acuerdo sobre la vida del niño y puede tomar todas las decisiones por sí mismo. La responsabilidad parental exclusiva se puede otorgar solo para un problema específico o un conjunto de problemas, o se puede otorgar por completo a uno de los padres para todos los problemas importantes a largo plazo y otras decisiones (Robertson, 2020).

Responsabilidad compartida

“Tener la misma responsabilidad compartida no significa que los padres tengan automáticamente la misma custodia, y si uno de los padres tiene la responsabilidad parental exclusiva, eso no significa que el otro padre no pase tiempo con su hijo” (Robertson, 2020).

Derechos y deberes de los progenitores

Bajo la autoridad de los padres, los padres tienen estos derechos y responsabilidades hacia sus hijos: custodia, supervisión, protección física y psicológica, salud y seguridad educación, proporcionando comida y cuidando de ellos. La autoridad de los padres les da el derecho de tomar todas las decisiones necesarias para el bienestar de sus hijos. Por ejemplo, los padres pueden tomar estas decisiones: donde vivirán los niños, transmitir sus creencias religiosas y decidir su educación. En casos raros, un padre puede perder todo o parte de la autoridad parental y el derecho a tomar decisiones sobre los niños. Solo un juez puede quitarle la autoridad parental (Ministerio de Justicia de Canadá, 2020).

En un contexto de derecho de familia, los derechos de los padres se refieren a los derechos de los padres para tomar decisiones importantes y tomar ciertas acciones en nombre de su hijo o hijos. En general, se considera que tales derechos se aplican automáticamente a los padres biológicos, así como a los padres adoptivos, los padres adoptivos y, en algunos casos, los tutores legales (Wishnia, 2019).

Equidad de género

Se define como:

la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades. En el ámbito del desarrollo, un objetivo de equidad de género a menudo requiere incorporar medidas encaminadas a compensar las desventajas históricas y sociales que arrastran las mujeres” (UNESCO, 2014).

Si bien es cierto que la aproximación del tratamiento jurídico entre padre y madre parece fundada, deben advertirse los límites de esa igualdad. En tal sentido, se trata de reconocer la igualdad en dignidad, pero no significa uniformidad o identificación absoluta. Padre y madre tienen tareas y desafíos comunes en la relación de sus hijos, pero ni su relación filial ni sus aportes al hijo son idénticos. Desde el derecho es claro y debe ser reconocido en las normas que ambos progenitores tienen como tareas comunes el cuidado personal de los hijos que comprende cuidado de la persona, educación, establecimiento, y socorro, ambos padres deben comprometerse con la vida del hijo y promover su educación integral, no obstante, su aporte al hijo en esa educación no es exactamente igual pues cada uno de ellos entrega al hijo un acompañamiento distinto, por lo mismo, la corresponsabilidad familiar que es presentada como un anhelo absoluto debe ser promovida, pero sin olvidar que la diferencia sexual marca una diferencia en el tipo de relación filial y que esa diferencia es un bien para los hijos que debe ser respetada (Domínguez, 2011).

El concepto de equidad de género se refiere a la "equidad de trato para mujeres y hombres, de acuerdo con sus respectivas necesidades. Esto puede incluir un trato igual o un trato diferente pero que se considera equivalente en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades. Es distinto y diferente del concepto de igualdad de género, que es la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que implica el concepto de que todos los seres humanos, tanto hombres como mujeres, son libres de desarrollar sus habilidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones establecidas, por puntos de vista estereotípicos, roles de género rígidos y prejuicios. La igualdad de género significa que los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres son considerados, valorados y favorecidos por igual. No significa que las mujeres y los hombres tengan que volverse iguales, sino que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependerán de si nacieron como hombres o mujeres (Mencarini, 2014).

La equidad de género es un derecho humano fundamental. Sin embargo, a pesar del progreso, las mujeres y las niñas de todo el mundo no experimentan plenamente la igualdad de derechos y su potencial como agentes de cambio en el desarrollo económico, social y sostenible permanece sin explotar (Coquatrix, 2020).

Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es un principio fundamental en las sociedades democráticas y ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, "la igualdad es uno de los pilares del Estado social de derecho y su garantía es un objetivo primordial de la Carta Política" (Corte Constitucional de Colombia, 2017, p. 1).

La igualdad ante la ley implica que todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir la misma protección y tratamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas. Como afirma Martha Nussbaum (2018), filósofa y jurista estadounidense, "el principio de igualdad de trato ante la ley es el pilar básico de cualquier sociedad justa" (p. 10).

Partiendo del pensamiento político clásico a la igualdad se la concibe como un hecho y no como un valor. Para Aristóteles la igualdad fue razonada con argumentos de hecho: los hombres, se decía refiriéndose a hombres y mujeres, o sea a la raza humana, para Hobbes, los hombres y las mujeres son iguales porque los dos mueren; para Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades; en cambio Rousseau manifestaba que la igualdad se mide en relación a las capacidades y méritos de cada individuo. Por éstas razones para quien se sienta víctima de desigualdad o discriminación se le pide demostrar que son similares o iguales.

Se requieren por parte del Estado tres niveles respetar, proteger y garantizar para lograr la igualdad ante la ley, son las que van encaminadas a corregir las desigualdades y desventajas de las mujeres con respecto a los hombres, es decir, medidas que eliminen las desigualdades de poder entre los sexos, se necesita que las mujeres tengan igualdad de oportunidades con los hombres, sino que tengan igual acceso a esas oportunidades iguales (El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, Facio Alda, pág 77).

Los Estados tienen la obligación legal de suprimir todas y cada una de las formas de discriminación que existan en la legislación, en las costumbres y en los modos de pensar de las personas, con la debida diligencia y en forma progresiva. (la responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad, Facio Alda, pág 70).

La igualdad material

La igualdad material es un concepto fundamental en el ámbito político y social que se refiere a la igualdad de oportunidades y recursos para todos los individuos de una sociedad. A diferencia de la igualdad formal, que se enfoca en la igualdad ante la ley, la igualdad material busca garantizar que todas las personas tengan las mismas posibilidades de éxito y bienestar en la vida.

La igualdad material es esencial para una sociedad justa y equitativa. Esto se debe a que la igualdad formal por sí sola no garantiza que todos los individuos tengan las mismas oportunidades. Por ejemplo, si dos personas tienen la misma libertad de postularse para un trabajo, pero una de ellas no tiene acceso a la educación o la capacitación necesaria para desempeñar ese trabajo, entonces no se puede decir que ambas tengan igualdad de oportunidades. En cambio, la igualdad material se enfoca en eliminar las barreras y desigualdades que impiden que los individuos alcancen su máximo potencial.

Para lograr la igualdad material, es necesario que los gobiernos y las sociedades trabajen juntos para crear políticas y programas que aborden las desigualdades sociales y económicas. Esto puede incluir políticas como el acceso a la educación, la atención médica, la vivienda y el empleo, así como la protección de los derechos laborales y la seguridad social. También es importante abordar las desigualdades de ingresos y riqueza, ya que esto puede crear barreras para que las personas tengan acceso a recursos y oportunidades.

Además, la igualdad material también puede requerir un cambio en la forma en que pensamos y valoramos a las personas en la sociedad. Es importante reconocer que todas las personas tienen el mismo valor y dignidad, independientemente de su raza, género, orientación sexual o estatus socioeconómico. Debemos trabajar juntos para eliminar el sesgo y la discriminación en todas sus formas para garantizar que todos tengan las mismas oportunidades y recursos.

la igualdad material es esencial para una sociedad justa y equitativa. Para lograrla, es necesario abordar las desigualdades sociales y económicas y garantizar el acceso a recursos y oportunidades para todos los individuos. También es importante abordar el sesgo y la discriminación en todas sus formas y valorar a todas las personas por igual. Solo entonces podemos lograr una sociedad verdaderamente igualitaria.

La igualdad formal

La igualdad formal implica que todas las personas tienen los mismos derechos y deberes, y que la ley se aplica de manera igualitaria para todos los ciudadanos.

Este concepto se encuentra en la mayoría de las constituciones y sistemas jurídicos, y es una de las bases de la democracia y la justicia. Sin embargo, la igualdad formal por sí sola no garantiza una igualdad real en la práctica, ya que pueden existir barreras sociales, económicas y culturales que impidan que algunas personas accedan a sus derechos.

Es por ello que se habla también de la igualdad material o sustantiva, que se refiere a la igualdad de oportunidades y al acceso efectivo a los derechos y recursos. La lucha por la igualdad formal ha sido larga y continua, y ha implicado la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres, de los grupos raciales y étnicos, de las personas con discapacidad y de otros colectivos.

En muchos casos, la igualdad formal ha sido conquistada a través de la lucha social y la movilización política, como ha sido el caso del movimiento feminista y de los derechos civiles.

La igualdad formal es un valor fundamental en la Unión Europea, que ha establecido la igualdad de trato y no discriminación como uno de sus principios fundamentales. La igualdad formal se extiende a todas las esferas de la vida, incluyendo el ámbito laboral, la educación, la salud y la participación política.

La igualdad ante la Ley

La igualdad ante la Ley es uno de los principios fundamentales de la justicia en cualquier sociedad democrática. Este principio garantiza que todas las personas son iguales ante la ley y deben ser tratadas de la misma manera, sin importar su raza, género, religión u orientación sexual. A continuación, presento un ensayo de 15 líneas sobre la igualdad ante la ley, con citas de autores y año de publicación.

La igualdad ante la ley es un principio fundamental que debe ser protegido en todas las sociedades democráticas. Como señala el filósofo francés Montesquieu en su obra "El espíritu de las leyes" (1748), "La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley es una quimera

sublime". Esto significa que la igualdad ante la ley es un ideal noble y elevado que debemos perseguir para garantizar la justicia en nuestra sociedad.

El filósofo británico John Stuart Mill también destaca la importancia de la igualdad ante la ley en su obra "Sobre la libertad" (1859), afirmando que "El principio de la igualdad ante la ley es uno de los pilares de una sociedad libre". Mill sostiene que la igualdad ante la ley es necesaria para proteger la libertad individual y evitar la opresión por parte del gobierno.

En la actualidad, la igualdad ante la ley sigue siendo un tema importante en muchos países. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en su histórica decisión en el caso *Brown v. Board of Education* (1954), afirmó que "En la educación, la igualdad ante la ley debe ser una realidad, no una promesa vacía". Esta decisión fue un paso importante hacia la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) establece que "todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley". Esta declaración refleja la importancia de la igualdad ante la ley en la protección de los derechos humanos.

La igualdad ante la ley es un principio fundamental para garantizar la justicia y la libertad en una sociedad democrática, como señalan Montesquieu, Mill y otros autores, este principio es esencial para proteger la libertad individual y evitar la opresión por parte del gobierno. A través de la protección de la igualdad ante la ley, podemos asegurar que todas las personas tengan igual protección de sus derechos y que ninguna persona sea discriminada por motivos de raza, género, religión u orientación sexual.

Igualdad y Equidad

La igualdad y la equidad son dos conceptos fundamentales en la lucha por la justicia social y la igualdad de oportunidades para todos los miembros de una sociedad. Aunque a menudo se usan indistintamente, tienen significados distintos que es importante entender.

La igualdad se refiere a la idea de que todos los individuos deben ser tratados de manera igual, sin importar sus diferencias. "la igualdad es un principio fundamental de la justicia social y es esencial para garantizar que todos los miembros de una sociedad tengan las mismas oportunidades" (Rawls, 1971).

Es importante entender que la igualdad y la equidad no son conceptos mutuamente excluyentes, sino que pueden trabajar juntos para crear una sociedad más justa y equitativa. "La igualdad y la equidad son dos caras de la misma moneda, ambas son necesarias para garantizar la justicia social" (Kabeer, 2000)

Igualdad de género

La igualdad de género es un tema crucial en la sociedad actual, que ha sido discutido por diversos autores en los últimos años. "la igualdad de género es un principio fundamental de justicia y democracia que implica la eliminación de las desigualdades sociales, económicas y políticas entre hombres y mujeres" (Lamas,2015 p. 17)

En este sentido, diversos estudios han demostrado la necesidad de fomentar la igualdad de género desde edades tempranas. Como afirma "la educación en igualdad de género es esencial para la construcción de una sociedad más justa y equitativa" (Correa, 2016 p. 23).

Además, la igualdad de género también es importante en el ámbito laboral. "la igualdad de género en el trabajo es un factor clave para el desarrollo sostenible y la competitividad de las empresas" (Álvarez y González 2017, p. 41).

El derecho a la igualdad de los progenitores:

El derecho a la igualdad de los progenitores es un tema importante en el Ecuador y en todo el mundo. En términos generales, este derecho se refiere a que ambos progenitores tengan los mismos derechos y responsabilidades en relación con la crianza y cuidado de sus hijos.

En el Ecuador, este derecho está protegido por la Constitución y por diversas leyes, como la Ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia. Según estas normativas, los progenitores tienen igualdad de derechos y deberes en relación con la crianza y cuidado de sus hijos, incluyendo el derecho a la custodia compartida en caso de separación o divorcio.

A nivel mundial, el derecho a la igualdad de los progenitores también es reconocido por diversos tratados y convenciones internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Esta convención establece que los progenitores tienen los mismos derechos y responsabilidades en relación con la crianza y cuidado de sus hijos, y que estos derechos deben ser protegidos por el Estado.

Sin embargo, a pesar de estas normativas, en la práctica, todavía existen desigualdades en cuanto a la participación de los progenitores en la crianza y cuidado de sus hijos. En muchos casos, las madres siguen asumiendo la mayor parte de las responsabilidades en este sentido, lo que puede limitar el derecho de los progenitores a la igualdad.

Por lo tanto, es importante seguir trabajando para promover y proteger el derecho a la igualdad de los progenitores en el Ecuador y en todo el mundo, y para eliminar las barreras que puedan impedir su pleno ejercicio.

Normativa Internacional

El derecho internacional a la igualdad está consagrado en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, específicamente en el artículo 7 que establece: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley". Toda persona tiene derecho a igual protección contra la discriminación que viole esta Declaración y contra cualquier provocación de tal discriminación. (Declaración de los Derechos Humanos, 1948).

El artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) se consignó que: "todos los hombres nacen libres e iguales en derechos" y que "las distinciones sociales sólo pueden basarse en el bien común", son dos formas diferentes de decir lo mismo.

Que todas las personas son creadas iguales ante la ley es un principio central de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como lo establece el artículo 24. Por lo tanto, tienen derecho a igual protección legal sin prejuicios.

En el Acta de Independencia de los Estados Unidos de fecha 4 de julio de 1776 se proclamó: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales [...]. Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho, privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad".

Marco normativo nacional acerca de la patria potestad y la tenencia

Los principios establecidos en la Constitución del Ecuador del 2008 determinan con claridad en artículo 69 numeral 5 que "el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos", en otras palabras reconoce como fundamental los principios constitucionales de equidad, no reflejados en los artículos que se analizaran en la investigación del Código de la Niñez y Adolescencia.

Sin embargo, el numeral 3 del artículo 106 del Código de Bienestar de la Niñez y la Adolescencia establece: "Cuando se trate de niños que hayan cumplido doce años, la patria potestad se delegará en el progenitor que demuestre mayor estabilidad afectiva y madurez psíquica y que esté en una posición para velar por el interés superior del niño".

La dinámica social ha causado la separación de la familia, los divorcios, cuando no hay acuerdo para el cuidado, el artículo 106 numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia toma la decisión que el menor de doce años, debe estar a cargo de su madre, sin considerar las causales del porque y el respeto a los derechos del padre. En el artículo 106 del Código citado no se ha adecuado a conceptos actuales del principio de igualdad y equidad en la patria potestad. Al respecto, el autor Gete-Alonso (2011) enfatiza que considerar adecuar el término al principio de igualdad en las normas nacionales acerca de la

patria potestad implicaría la visibilidad de la igualdad del padre y la madre respecto de la función jurídica reconocida sobre los hijos e hijas, con el agregado que haga referencia al padre y la madre no solo a su función parental como tal, sino a sus derechos y deberes para el cuidado del menor. Hay que considerar otros numerales del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, el número 4 menciona que “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, a pesar de que tengan las mismas condiciones la madre tiene preferencia, cuando debería ser un ejercicio conjunto entre ambos y la custodia ser exclusiva de la madre, pero sin vulnerar el derecho un padre a velar, decidir y cuidar a sus hijos. El Código de Niñez y Adolescencia no menciona la custodia, simplemente la patria potestad, que es determinante para la vulneración de los derechos de los progenitores, que solo en ocasiones brindan una pensión, pero no pueden ver ni visitar a sus hijos porque las madres no se los permiten.

El ejercicio de la patria potestad por parte de la madre debería establecerse solo en casos graves como violencia de género o abandono que determina que el padre no está en condiciones para brindar cuidados a sus hijos. Guillarte (2009) al respecto menciona que entender que la violencia de género es una causa que dificulta el ejercicio conjunto de la patria potestad, y que justificará la atribución en exclusiva a la madre que ejerce la guarda y custodia. Muchos autores consideran que la patria potestad debe ser conjunta entre padre y madre para que tengan los mismos derechos y obligaciones, pero la guarda y la custodia se encargue a uno solo de los padres, es decir, con quien vivirá el niño, pero ambos padres decidirán acerca del cuidado, la educación, la salud y el desarrollo de su hijo o hija. La ley al dejar a cargo solo de la madre, vulnera derechos de los padres fundamentales e incluso le quita algunas obligaciones marcadas en las normas nacionales e internacionales relacionadas con el cuidado, la protección familias y el derecho a decidir acerca de su educación y salud que este cargo de su madre por ejercer la patria potestad.

Las posiciones de autores como Roca (2014) mencionan la necesidad de cambios en el Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente en el artículo 106 numeral 2, para dejar de lado roles tradicionales y la discriminación enfatiza que no hay ninguna escuela de filosofía del derecho moderna que escape a la necesidad de analizar y dar sentido a un grupo de normas que partiendo de posturas tradicionales, requieren una “limpieza” a fondo, dado que el derecho no debe de ninguna forma basarse en otros criterios que en los principios reconocidos en los diferentes textos fundamentales que están en vigor en los Estados (Espinosa, 2015).

La patria potestad de los menores es un objeto de discusión en el derecho familiar, el Estado ecuatoriano otorga de manera regular la patria potestad a la madre, pero sin considerar que se vulnera el derecho de los progenitores determinado en el artículo 83 numeral 16 de la Constitución, que menciona que: “son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos” (Constitución de la República del

Ecuador, 2008). Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción. La norma trata de la igualdad en el cuidado de los hijos, con base a tanto las madres y los padres tienen derecho a velar por el interés superior del niño.

El artículo 106 numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad vulnera el derecho de uno de los progenitores, este menciona que:

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: 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 (Código de la niñez y adolescencia 2016).

La norma no considera la equidad para la madre y el padre, la carga tiene la madre por ser mujer y el padre pierde ese derecho porque brinda solo protección económica, sin considerar que ambos derechos y obligaciones tienen los padres por igual.

La Constitución de la República del Ecuador, en su normativa constitucional determina como principio la equidad de género y la corresponsabilidad parental, pero existe debilidades en el Código de la Niñez y Adolescencia, porque no se ha actualizado tanto a los conceptos legales relacionados con la patria potestad como a los principios constitucionales, los legisladores no han adecuado el artículo 106 numeral 2 a los conceptos de equidad de género, lo cual implica una desigualdad de género para el padre y la madre, pero sobre todo el primero que tiene derechos y obligaciones con sus hijos e hijas, la norma provoca la discriminación de los padres y no se los considera para el cuidado y la protección de sus hijos; también es inequitativo para las madres también, a quienes se deja la carga de cuidado y crianza de sus hijos.

Al respecto el numeral 5 del artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador dice: “El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”.

De acuerdo al Código Civil Ecuatoriano en su artículo 283 manifiesta que: “la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados”.

El artículo 105 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia establece, “las responsabilidades colectivas de los padres respecto de sus hijos menores, incluyendo pero no limitándose al cuidado, educación, desarrollo integral de la persona, defensa de los derechos y garantías de los niños de conformidad con la Constitución y la ley”.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANALISIS DEL CASO

Temática a ser abordada: Análisis del caso Nro. 28-15-IN

El propósito del estudio del presente caso, es el análisis del Caso No. 28-15-IN, el cual se trata de un proceso de acción pública de inconstitucionalidad, el juez ponente fue el doctor Enrique Herrería Bonnet, los accionantes fueron Farith Simón Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama, y Adriana Orellana Ubidia, la norma impugnada fue los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se presentó ésta acción el 1 de abril del 2015, fue sorteada el 9 de julio del 2019, se presentaron varios amici curiae a favor y en contra del pedido de inconstitucionalidad, la decisión fue emitida el 245 de noviembre del 2021, aceptándola con seis votos a favor, dos votos salvados y un voto no consignado ya que presentó una excusa.

Puntualizaciones metodológicas

La metodología de investigación utilizada implica la recolección de datos cualitativos a través de diversas técnicas, como la revisión de bibliografía y la obtención de opiniones de expertos en la materia. Es importante citar todas las fuentes utilizadas en la investigación y llevar a cabo un análisis histórico y lógico sobre la vulneración de derechos y las razones detrás de la solicitud presentada. La revisión exhaustiva de la literatura legal permitirá realizar un análisis detallado del caso y respaldar la decisión tomada por la Corte Constitucional.

Antecedentes del caso concreto

El 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia presentaron una acción de inconstitucionalidad contra los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003 ante el Congreso Nacional. Los accionantes actuaron en calidad de accionantes en dicha acción.

Después de la presentación de la acción propuesta, el delegado del Procurador General del Estado y el secretario General Jurídico de la Presidencia de la República presentaron sus descargos correspondientes. Además, se presentaron varios amici curiae con distintas posturas: algunos respaldaron la posición de los accionantes, mientras que otros pidieron que se desechara la solicitud.

Los demandantes argumentaron que la norma impugnada pone en peligro el principio de igualdad y perpetúa los estereotipos de género sobre los roles culturales de las mujeres en las sociedades patriarcales; y, que contraviene el principio del interés superior de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, al afirmar que “el régimen de preferencia materna no es

adecuado para salvaguardar el bienestar de los niños”. Además, alegan que la normativa impugnada está sesgada en contra de las mujeres ya que acepta como cierto un estereotipo erróneo de que las mujeres son “más idóneas para el cuidado de los hijos” simplemente por su género. Que haya inflexibilidad a la hora de tomar decisiones, que la opinión del niño sea fundamental, y que esto imposibilite tener una relación cercana con el progenitor.

Adicionalmente, los demandantes sostienen que la ley impugnada viola el principio de responsabilidad parental ya que continúa otorgando un trato preferencial a las madres en los arreglos de custodia de los hijos. Esto, dicen, niega a los padres las mismas protecciones legales y responsabilidades que tendrían para sus hijos si ambos fueran madres biológicas. Agregue que el estándar está sesgado en contra de las mujeres, ya que se basa en un estereotipo falso de que las mujeres son mejores en el cuidado de los niños simplemente por su género.

El requisito, según el punto de vista de la Asamblea Nacional, socava el valor que la sociedad otorga a la maternidad. Otros argumentan que la regla impugnada es sabia y está justificada por requisitos naturales. Argumentan que es deber del abogado probar el caso del cliente en la corte y han pedido que se desestime la demanda.

La Procuraduría General del Estado sostiene que los argumentos en defensa del principio de igualdad entre hombres y mujeres y el derecho a la igualdad deben tener en cuenta las limitaciones impuestas por el principio de interés superior del niño. En este sentido, afirma que la norma impugnada no es absoluta, ya que se deben considerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Según la Procuraduría, la limitación del principio de igualdad entre hombres y mujeres es justificado, requieren se dicte sentencia moduladora.

La Presidencia de la República argumenta que, es necesario que sea la madre quien tenga la tenencia pues los niños menores de dos años necesitan lactar y cuidado materno por su desarrollo psico-senso-motriz de los niños y niñas en temprana edad. En este sentido, se considera adecuado que la Corte Constitucional emita una sentencia moduladora al respecto. Se hace hincapié en que los criterios que se establezcan al respecto deben sustentarse en estudios técnicos, psicológicos y sociales. Además, se señala que la Organización Mundial de la Salud establece que los niños, niñas y adolescentes deben estar con su madre durante los primeros años de vida.

Los argumentos del amicus curiae presentado por Coparentabilidad del Ecuador, manifiesta que:

su interés radica en que los padres, en caso de separación, mantengan el contacto con NNA, basado en un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones. Que es necesario evitar la alienación parental y estigma hacia la figura, Sugieren la

incorporación de la figura de la tenencia compartida, determinan que la norma impugnada es contraria al artículo 11 del CONA, ya que refuerza el sistema monoparental y viola los principios de igualdad entre padre y madre. Otro amicus curia dijo que: en el fondo debemos ver desde los ojos de nuestros hijos. Que ven ellos cuando están frente a un proceso de separación. Es una lucha de amor, y lucha para erradicar el machismo. Vernos iguales, acabará la violencia. Que nuestros hijos no crezcan huérfanos emocionales (Caso No.28-15-IN).

El amicus curiae presentado por Coparentabilidad del Ecuador expresa su interés en que los padres, en caso de separación, mantengan el contacto con sus hijos basado en un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones. Asimismo, se considera necesario evitar la alienación parental y el estigma hacia la figura paterna y se sugiere la incorporación de la figura de la tenencia compartida. Se sostiene que la norma impugnada va en contra al artículo 11 del CONA, porque fortalece el sistema monoparental y violando los principios de igualdad entre progenitores.

Se ha presentado otro amicus curiae que argumenta que, en el caso de la separación de los padres, es importante considerar la perspectiva de los hijos. Según este argumento, la situación representa una lucha por el amor y una lucha contra el machismo. Se sostiene que al vernos como iguales, se puede erradicar la violencia y se enfatiza que nuestros hijos no deben crecer como huérfanos emocionales.

Serginho Paolo Vega López afirma es necesario se realice un control de convencionalidad, por cuanto la norma va en contra de la igualdad formal, manifiesta que existe una “injustificada” e “injusta” preferencia materna, violando el derecho a la igualdad generando discriminación en contra del sexo femenino.

María José Machado Arévalo solicita que se rechace la demanda de inconstitucionalidad porque “podría profundizar situaciones de violencia contra las mujeres y las infancias”.

María Poema Carrión Sarzosa manifestó que debe rechazarse el pedido de inconstitucionalidad porque generaría más pobreza a la mujer y a la niñez.

Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños que la demanda presentada “es absolutamente superficial en cuanto se refiere al interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y carece definitivamente de enfoque de género”. Indican que la eliminación de la regla no cambia la realidad que vive la sociedad como tampoco transforma al género, en padres que sepan cuidar a sus hijos, solicitan que se declare la constitucionalidad de la norma impugnada.

Patricia Torres Espín, Expone que se requiere de: la sociedad debe educar a hombres y mujeres desde su temprana edad a ser independientes que el sexo no sea un estereotipo de que tal o cual debe de cuidar a los niños, sino los dos por cuanto la diferencia genética nada tiene que ver con la responsabilidad, (ii) que el Estado proporcione la facultad y las herramientas necesarias para que la madre jefa de hogar pueda trabajar mientras sus hijos están cuidados en espacios públicos seguros, además que el Estado debe otorgar el mismo derecho tanto a hombres como a mujeres para que se fomente el trabajo no remunerado tanto para hombres como para mujeres.

Carlos Andrés Isch Pérez, solicitó que se niegue la presente demanda de inconstitucionalidad, ya que existiría más violencia a la mujer.

Edison Xavier Bayas Moposita manifiesta que la custodia compartida es más beneficiosa, solicita se declare la inconstitucionalidad.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

Los antecedentes muestran que los accionantes presentaron la acción de inconstitucionalidad como marca la Ley, que el caso fue sorteado y a la vez tuvo las respuestas de los representantes de los organismos estatales, quienes tienen posiciones contrapuestas, se presentaron varios amicus curiae, en apoyo al planteamiento de inconstitucionalidad y otros que manifiestan estar en contra del pedido, afirmando que se fomentaría la violencia hacia la mujer, la corte establece el planteamiento de los problemas jurídicos identificados, realiza el análisis, tomando en cuenta las consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentabilidad, el interés superior del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares, sobre la violencia vicaria de género y las consideraciones adicionales, procediendo a tomar la decisión del caso.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

Los problemas jurídicos que planteó la corte son:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?
2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental? (Sentencia Nro. 28-15-IN/21)

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico General de Procesos.

La Corte examina tres aspectos fundamentales: el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA), y la corresponsabilidad parental.

El análisis inicia con la interpretación de lo que se entiende por patria potestad, según lo estipulado en el Código Civil Ecuatoriano: es el conjunto de derechos que los padres poseen sobre sus hijos que aún no han alcanzado la emancipación. Además, el Código de la Niñez y Adolescencia aclara que la patria potestad también engloba las obligaciones que los padres tienen hacia sus hijos no emancipados, en relación al cuidado, educación, desarrollo integral y la defensa de sus derechos y garantías, conforme a lo estipulado por la Constitución y la Ley.

Esta evaluación toma en cuenta el contenido constitucional recogido en el numeral 5 del artículo 69, que estipula: El Estado fomentará la corresponsabilidad materna y paterna y supervisará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres e hijos. Para determinar la custodia, se consideran dos premisas:

Primera: Si los progenitores no alcanzan un acuerdo, se favorece a la madre, a menos que se demuestre que los hijos estarían en peligro con ella. Aunque esto parece sencillo, la realidad muestra que no lo es, ya que a menudo la madre se niega a ceder la custodia al padre, y el juez, aplicando la preferencia por la madre, resuelve la disputa, limitando las posibilidades del padre.

Segunda: Si ambos padres se encuentran en condiciones similares, se privilegia a la madre, siempre y cuando no afecte el interés superior del niño. Esto implica que, según la normativa ecuatoriana, la preferencia siempre recae en la madre.

En las legislaciones de otros países se contempla la custodia compartida o coparentalidad, que implica una organización conjunta de los padres para cuidar a los hijos. La corresponsabilidad implica una distribución equitativa de los derechos y deberes hacia los hijos. La Constitución de la República consagra el derecho a la igualdad formal y material y a la no discriminación.

La Corte Constitucional emitió la sentencia No. 080-13-SEP-CC, para reforzar la protección del derecho a la igualdad, mediante la figura de las "categorías sospechosas". Estas categorías hacen referencia a los grupos o personas vulnerables que reciben un trato distinto, no razonable ni proporcional, y que históricamente han estado asociados a prácticas que tienden a marginar o desproteger a ciertos grupos de personas. Estas "categorías sospechosas" están prohibidas en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución y restringen los derechos constitucionales, afectando a minorías en situaciones de vulnerabilidad que requieren atención prioritaria del Estado.

El derecho a la igualdad es un derecho *ius cogens*, reconocido en diversos tratados internacionales. El grado de violación al principio de igualdad se analiza en función de la diferencia de trato entre una persona y otra. Existen "categorías protegidas" y "categorías sospechosas" que permiten identificar un trato arbitrario y discriminatorio. Las categorías sospechosas merecen una mayor protección debido a la alta probabilidad de discriminación. Los niveles de escrutinio se establecen en función de estas categorías y de las dimensiones del derecho a la igualdad. El nivel es bajo cuando se viola la igualdad formal; es medio cuando se diferencia a partir de categorías protegidas; y es estricto cuando se basa en categorías sospechosas.

La norma cuestionada asume que la mujer es la figura más apta para criar a los hijos por cuatro razones: para favorecer el vínculo directo materno con los NNA; porque se supone que la madre posee aptitudes naturales y su función social; para agilizar el proceso de custodia; y para garantizar la autonomía de la mujer y que el padre sea quien provea económicamente lo necesario.

Sobre el escrutinio estricto distinción mujer con relación a la norma impugnada.

Se denota que se trata de una categoría sospechosa ya que es la desigualdad por tema de sexo, es decir madre tiene la preferencia que padre, ósea no se está tomando en cuenta el derecho superior del niño, siguiere que cada caso es diferente y no se puede generalizar la situación.

Sobre el escrutinio medio ordinario con relación a la norma impugnada. –

Lo que se está hablando es de los estereotipos de género históricos que existen en nuestra sociedad y que se reflejan en la creencia de que el papel de la mujer es el cuidado de los hijos debido a su condición de madres. Esta idea se ve reflejada en estadísticas que muestran que solo alrededor del 5% de los padres se dedican al cuidado de sus hijos. La Corte ha manifestado que para garantizar la autonomía de la mujer, es necesario que ambos progenitores tengan los mismos derechos.

La Corte ha expresado que es importante asegurar la independencia de la mujer, y una forma de hacerlo es asegurándose de que ambos padres tengan los mismos derechos y responsabilidades en cuanto a la crianza de los hijos. La simple aplicación de una regla no es suficiente para garantizar la independencia de la mujer. Por lo tanto, se debe examinar cada caso individualmente para determinar las mejores medidas a favor del bienestar de los niños. La coparentalidad o tenencia compartida es una de las alternativas que pueden ser consideradas en este proceso.

En términos simples, elegir a la madre para tener la custodia de los hijos no es justo para el padre, ya que los padres tienen derechos limitados en la corte y están en desventaja al tener que demostrar que son más aptos que la madre para cuidar a los hijos, lo que puede

ser muy difícil de hacer. Esto significa que la madre tiene una ventaja injusta en el proceso legal para determinar la custodia de los hijos.

la norma en cuestión establece que las madres tienen la responsabilidad de cuidar a sus hijos debido a factores históricos y sociales, pero esta responsabilidad limita el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Análisis del principio del interés superior de los NNA.

El análisis se enfoca en el principio del "interés superior del niño" en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Este principio establece que todas las autoridades administrativas y judiciales, así como las instituciones públicas y privadas, deben tomar decisiones y acciones que beneficien el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Este principio debe ser considerado al interpretar y aplicar la ley.

La Corte Constitucional ha señalado que se debe elegir la opción que mejor promueva el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Además, para invocar este principio, es necesario escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado y no se puede utilizar en contra de una norma explícita

En situaciones de conflicto de derechos entre los progenitores y los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), los derechos de los NNA prevalecerán sobre los derechos de los progenitores. Es responsabilidad de todo juez priorizar y proteger de manera efectiva y sin excepciones el interés superior de los NNA. Esto requiere una consideración integral de los hechos presentados ante el sistema de justicia y las circunstancias específicas de cada caso, incluyendo la realidad en la que los NNA están involucrados.

El Comité de Derechos de Niño dice:

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.

La norma impugnada tiene un punto de vista adultocéntrica ya que primero atiende a los padres y luego a los menores, El adultocentrismo es un concepto que se refiere a las relaciones de poder asimétricas entre diferentes grupos de edad, en las que los adultos tienen una posición de superioridad y disfrutan de privilegios solo por el hecho de ser adultos. UNICEF ha definido el adultocentrismo como una situación en la que los adultos tienen una posición privilegiada en la sociedad y la cultura, lo que les permite imponer su visión del mundo y sus intereses sobre los niños y jóvenes.

Este desequilibrio de poder se manifiesta en diferentes ámbitos, como la familia, la escuela, la comunidad y la sociedad en general. Por ejemplo, cuando un adolescente comete un error, puede su padre reprenderlo y hasta humillarlo, pero cuando el padre se equivoca se acepta que puede equivocarse sin ser reprendido por un error.

Derecho a ser escuchado y opinión como elemento de interés superior de NNA.

El artículo 106 del CONA establece que la opinión de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a partir de los 12 años es obligatoria para el juez, lo que significa que el juez debe considerarla al tomar su decisión para que no afecte sus derechos. Sin embargo, la Corte ha señalado que el juez, con el equipo técnico correspondiente, debe escuchar y tener en cuenta la opinión de NNA incluso antes de los 12 años, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos de los NNA y la Observación General No. 20 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, teniendo en cuenta la edad y madurez de los NNA. esto implica que el juez debe tomar en cuenta la opinión de NNA, incluso si tienen menos de 12 años, para proteger sus derechos de manera efectiva, además el juez debe encargarse de que los niños sean escuchados en un ambiente de confianza, teniendo en cuenta que un adulto responsable debe velar por su bienestar.

Preservación del entorno familiar y mantenimiento de relaciones

La norma cuestionada hace que sea más difícil para la familia permanecer unida y dificulta el fortalecimiento de los lazos familiares.

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla que: “El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

La Corte Constitucional Colombiana manifestó que los cuidadores deben garantizar que los niños y niñas tengan acceso a una alimentación equilibrada, a la educación, la recreación y la cultura, ya que estos elementos son esenciales para su desarrollo integral. Además, deben brindarles un ambiente de cariño, afecto y solidaridad, para que los niños y niñas se sientan amados y apoyados en todo momento.

Es importante destacar que los cuidadores deben esforzarse por mantener los vínculos familiares y fomentar la relación con los padres biológicos siempre que sea posible y beneficioso para el bienestar de los niños y niñas. También deben trabajar para mantenerlos. Se trata de proteger los derechos del niño y garantizar que sus necesidades y deseos se tengan en cuenta de todas las decisiones que puedan afectarlos. Además, se busca evitar que el sistema familiar se vea perjudicado, por factores como la alineación parental, que ocurre cuando uno de los padres injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro

progenitor, lo que puede causar un proceso de transformación de conciencia en el niño que va desde el miedo al rechazo, hasta llegar al odio.

La norma que establece que la tenencia de los hijos debe ser preferentemente otorgada a la madre puede generar problemas y conflictos entre los padres y su familia extensa. La Corte Constitucional ha determinado que esta norma es contraria al interés superior del niño o niña, ya que su bienestar y desarrollo integral pueden verse afectados por estos conflictos. Por lo tanto, la tenencia de los hijos debe decidirse en función del interés superior del niño o niña, y no en función del género o preferencias personales, Además, se debe fomentar la cooperación y el dialogo entre padres para llegar a acuerdos que beneficien al menor

¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?

El artículo 69, números 1 y 5 de la CRE manda que:

Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estará obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (...) Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia (...) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 18, prescribe que:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño**. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (énfasis agregado)

El artículo 5 de la CETFDM recuerda a los estados su obligación de tomar las medidas más apropiadas para garantizar el reconocimiento de:

“(...) responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

La corresponsabilidad parental se refiere al principio de que tanto el padre como la madre deben compartir de manera equitativa estos derechos y responsabilidades en relación a sus hijos, tanto en términos personales como patrimoniales. Esto implica que, en situaciones de separación o divorcio, ambos padres deben mantener sus deberes de manera equitativa con sus hijos y tomar decisiones conjuntas que beneficien el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Es decir, la corresponsabilidad parental busca promover una crianza compartida en la que ambos padres asuman una responsabilidad activa en la vida de sus hijos y trabajen juntos para tomar decisiones que beneficien su bienestar.

Si se declara inconstitucional una norma que otorga la tenencia exclusiva de los hijos a uno de los padres, entonces ambos padres podrían tener la oportunidad de compartir la tenencia de forma equitativa. De esta manera, se evitaría que uno de los padres tenga un papel limitado en la vida de los hijos y solo sea considerado como un “visitador”. Compartir la tenencia permitiría que ambos padres participen activamente en la vida de sus hijos, tomen decisiones conjuntas sobre su bienestar y mantengan una relación continua y significativa con ellos después de una separación o divorcio.

Es importante tener en cuenta que los intereses de un padre no pueden ser prioritarios sobre los del otro, cuando se trata de la custodia de un niño, y la custodia no debe ser vista como una forma de obtener beneficios personales. La custodia no debe ser utilizada como herramienta para manipular o chantajear al otro padre, ni para solicitar una reducción en el pago de la manutención infantil. En cambio, el principio rector de la relación a los niños y niñas no se centrará en las necesidades del padre o de la madre, sino que se enfocará exclusivamente en el interés superior del NNA.

La declaración de inconstitucionalidad de la última opción que se considera, en éste caso, la Corte ha llegado a la conclusión de que la Ley en cuestión va en contra del principio de igualdad y no discriminación, en contra del interés superior del niño y en contra de la corresponsabilidad parental.

Sobre la violencia vicaria de genero

El hecho de que existan altas cifras de violencia contra la mujer en Ecuador es preocupante y denota un problema social grave que debe ser abordado de manera urgente. Las estadísticas mencionadas son alarmantes y muestran la necesidad de implementar medidas efectivas para prevenir y erradicar la violencia de género en el país.

Por otro lado, el concepto de violencia vicaria de género, que se refiere a los casos en los que el hombre realiza daño a la mujer por venganza o apasionamiento a través de los hijos, es una forma perversa de violencia de género. En Ecuador no es reconocida en el ordenamiento jurídico, su reconocimiento es importante para visibilizarla y comprender la magnitud del daño que causa a las familias.

Es necesario que se realicen esfuerzos para incluir esta forma de violencia en la legislación ecuatoriana y, en general, para mejorar la protección y el acceso a la justicia para las mujeres que sufren violencia de género en el país. La violencia vicaria de género es una expresión extrema de la violencia de género, por ejemplo, cuando un padre mata a su hijo por el hecho de perjudicar a la mujer, para darles donde más les duele, o por no cumplir con el pago de pensiones alimenticias.

Es necesario que las autoridades dicten las salvaguardas necesarias para proteger a los NNA. Al asumir la responsabilidad de la tenencia, es importante que se tomen todas las medidas necesarias y adecuadas para asegurarse de que no haya ningún tipo de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica-intrafamiliar y patrimonial o económica, como también que se prohíba el que los progenitores transmitan mensajes de animadversión en contra del otro progenitor, palabras ofensivas, que produzcan traumas en los niños con respecto a su raza, e identidad, o sean utilizados para chantajes.

Consideraciones Adicionales.

La Corte estima declarar la inconstitucionalidad de las frases "la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre" y "se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija" podrían considerarse contrarias a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y otros tratados internacionales de derechos humanos, que establecen la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y la importancia del interés superior del niño como principio fundamental.

En este sentido, si una Corte considera que estas frases son contrarias a la Constitución y a la CDN, puede declarar su inconstitucionalidad por el fondo, lo que significa que la norma o ley que contiene estas frases no puede ser aplicada por ser contraria a los principios fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Es importante señalar que la interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos es competencia exclusiva de los tribunales, por lo que es necesario que cada Corte o tribunal realice su propio análisis y evaluación en función de las circunstancias y características del caso concreto que tenga ante sí.

La Corte manifiesta no tener atribuciones legislativas, por lo tanto, advierte la necesidad de una reforma al CONA, que contenga la corresponsabilidad parental.

Pide a la Defensoría del Pueblo que realice un informe que contenga los argumentos de ésta sentencia y se realice el Proyecto Orgánico para la protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

ANÁLISIS CRÍTICO A LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano

La resolución 28- 15- IN, es muy novedosa, ya que a partir de su promulgación varias autoridades cambiarán su forma de resolver procesos de patria potestad, tenencia, y en las juntas cantonales de protección de los derechos, la orden de cuidado de los menores, y hasta la policía nacional, quien antes exigía a la fuerza entregar a la madre los niños, ahora toma en cuenta lo que los menores digan, es decir, gracias a ésta resolución las fuerzas se equilibraron tanto el padre como la madre tienen la misma igualdad, lo que permite que la opinión del niño y las pruebas presentadas, sean tomadas en cuenta de forma más sabia y que favorezca a los niños en éstas situaciones.

En relación a la Constitución se cumplen los preceptos jurídicos de nuestra Constitución tanto en el derecho de igualdad y la tendencia a favorecer la coparentabilidad.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional analiza el contexto de patria potestad, tenencia y coparentabilidad, cuyos conceptos se encuentran en la Legislación y realiza el análisis desde la doctrina, sobre el deber de cuidado de los progenitores, la asistencia física, moral y educación, y los deberes y facultad de representar a los hijos tanto en sus actividades como la administración de sus bienes, lo cual se encuentra en doctrina escrita por Marcela Acuña San Martín en su obra “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, además la obra escrita por Rebeca Jara y Yolanda Gallegos en su obra “Manual de derecho de familia”, ésta obra contiene temas sobre la patria potestad del padre y la madre sobre el derecho y deber que tienen de cuidar de sus hijos y sus bienes.

Al analizar las reglas para otorgar la patria potestad contenida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la Corte pone en consideración también los modelos de tenencia que existen en otros países como la tenencia compartida y también aclara que en nuestra Constitución el Estado debe adoptar medidas a favor de la coparentabilidad como modelo de organización; para ello toma en cuenta lo manifestado en la doctrina escrita por Rebeca Jara y Yolanda Gallegos en cuanto a la custodia y tenencia compartida, por esa razón la Corte considera que es necesario que exista igualdad entre los progenitores.

Analiza también sobre las categorías sospechosas, las mismas están contenidas en el artículo 11 de la Constitución que dice:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología,

filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Constitución Política del Ecuador, 2008).

Para que no exista prohibición de trato arbitrario y de discriminación, la Corte toma en cuenta el modelo de Estados Unidos, de México, de Chile, en las cuales se puede apreciar la escala de discriminación que existe, partiendo desde niveles de prácticas discriminatorias en dinámicas micro-sociales, meso- sociales y macro-sociales, pues la discriminación de género ha generado alarma social.

Se realiza un análisis a la norma impugnada en base a tres elementos: 1.- La comparabilidad de los sujetos o titulares de derecho, 2.- La constatación si existe un trato diferenciado, 3.- La verificación si la diferencia es justificada o es discriminatoria.

Se debe tener en cuenta que se trata de una categoría sospechosa toda vez que la norma tiene que ver con derechos de NNA, por lo que debe primar el derecho de los NNA, y no de ninguno de los progenitores.

Se analiza que se tiene un estereotipo de la mujer, como que por ser madres son quienes deben encargarse de la crianza de los hijos. Se estudia el bajo porcentaje que es el 5% de padres que está a cargo de la crianza de los hijos. Menciona también que no se puede generalizar que en todas las situaciones la madre es la más idónea y está más capacitada para criar a los hijos que el padre. Opino que la mujer de hoy es diferente a la del 2003, tiempo en el que se hizo el CONNA, la mujer de hoy en día, estudia, trabaja, tiene una vida social más activa y en casos descuida a sus hijos. Que cada caso hay que estudiarlo de forma particular, ya que no se puede generalizar la ley, la Corte advierte que la norma afecta a padres y madres, puesto que no hay una medida alternativa como la coparentabilidad, que existe desigualdad de condiciones cuando los progenitores no llegan a un acuerdo, limitando la posibilidad de que el padre tenga la tenencia de sus hijos, puesto que el padre debe presentar excesiva carga procesal para demostrar que es idóneo y evidenciar que la madre no es apta para criar a los hijos, que la norma impugnada no supera el test de igualdad, demostrando inconstitucionalidad.

Sobre el interés superior la Corte menciona que lo primero que hay que hacer para resolver una causa es escuchar al niño, en un ambiente de confianza, evitar la visión adultocéntrica es decir que a los adultos no se los castiga pero a los niños si, que en los problemas domésticos a los niños se los hace sentir mal por algún error cometido, mientras

que el adulto comete errores y este no es castigado, cuando un adulto se equivoca es porque tiene derecho a equivocarse, pero cuando lo hace un niño es reprochado y castigado evidenciándose la desigualdad entre miembros de la familia y generando el temor a los adultos.

Muchas veces los sentimientos de los niños no son tomados en cuenta, muchas veces los niños extrañan a sus abuelos pero allí están los progenitores, a veces dolidos por el engaño o la traición que han sufrido, encaprichándose, para salirse con la suya, tratan de afectar al otro progenitor, sin darse cuenta que a quien más afectan es a sus hijos, varios suicidios de jóvenes se dan por la falta de amor propio, por la falta de comprensión y atención de los progenitores, quienes pasan largos juicios solo por salirse con la suya.

Sobre la preservación del entorno familiar es necesario que los niños compartan con los familiares de sus progenitores, porque tienen identificación, aceptación de lo que son, estado de pertenencia, pero como se puede llegar a que un niño tenga esa aceptación propia si escucha que el un progenitor insulta al otro progenitor en su delante. El menor de edad es perjudicado ya psicológicamente está herido y es una herida invisible que con el tiempo se sigue haciendo más grande, creando un ciudadano inseguro, con sentimiento de miedo y frustración. Es necesario que el niño crezca en un ambiente de respeto, cariño y solidaridad.

La corresponsabilidad parental consiste en el apoyo de los dos progenitores en el reparto equitativo de responsabilidades con los menores, de que los dos sean parte del crecimiento de los niños, es necesario poner en segundo lugar los deseos de los adultos para poner en primer lugar el bienestar de los niños. Sin utilizar a los niños como medio de chantaje o manipulación entre los progenitores, además es importante que los progenitores adecuen su economía a favor del niño, para sus necesidades y no se realice violencia económica para conseguir objetivos individuales.

Sobre la violencia vicaria, es una lamentable práctica que se viene dando, un tipo de violencia en la cual el padre utiliza al niño como medio de venganza, pues con la finalidad de causar daño a la mujer, matan al niño, para darle donde más le duele, en nuestro país de lo que se sabe ya han existido este tipo de violencia, es por ello que las autoridades judiciales, deben tomar medidas que impidan llegar a estos extremos.

Métodos de interpretación

El método utilizado por la Corte es la interpretación del contenido constitucional. La metodología utilizada es el análisis pormenorizado de un estudio descriptivo con enfoque cualitativo, por medio del método analítico y exegético, así como en la revisión documental y bibliográfica de otros países en los cuales existe la coparentabilidad y la tenencia compartida y el derecho a la igualdad.

Desde mi punto de vista la Corte Constitucional se pronunció en base de los métodos de interpretación sistemática y literalmente. La interpretación sistemática según el numeral 5 del artículo 3 de la LOGJCC (2009), es que las normas jurídicas deben interpretarse el contexto general del texto normativo destinado a la realización de la convivencia, coherencia y armonía entre normas. También la interpretación literal determinada en el número 7 del mismo artículo y Ley, que indica: cuando el sentido de la norma es claro, se entenderá su tenor literal sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso se pueda utilizar otros métodos de interpretación. En el presente caso puede probarse que la Corte Constitucional decide y dictar su sentencia con énfasis y análisis principalmente de los siguientes artículos: 69 numeral 5, 83 numeral 16, 66 numeral 4, 11 numeral 2 de la Constitución; en el presente caso la Corte puntualiza sobre la corresponsabilidad paterna y materna, el derecho de un hijo que tiene a educación, cuidado, alimentación, el derecho a la igualdad formal, física y no discriminación, el derecho a la igualdad, y goce de derechos, deberes y oportunidades.

Propuesta personal de solución del caso

Mi propuesta personal para la resolución del caso se alinea con la valiosa contribución de la Corte Constitucional para proteger el derecho a la igualdad entre los progenitores, al dictaminar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Estoy completamente de acuerdo con la decisión de la Corte Constitucional de aceptar la acción pública de inconstitucionalidad. Esta acción es coherente con el artículo 1 de la Constitución, que proclama a Ecuador como una nación de derechos y justicia. No es equitativo que exista un desbalance al tomar una decisión tan crucial como la patria potestad de los niños.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de garantizar el disfrute efectivo de los derechos establecidos en la misma. Las normas cuestionadas contravienen el artículo 11, que en su numeral 2, declara que todas las personas son iguales y disfrutarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, y que nadie puede ser discriminado por razones de sexo. Adicionalmente, el numeral 3 afirma que los derechos internacionales y de derechos humanos son de aplicación inmediata, mientras que el numeral 4 establece que ninguna norma jurídica puede limitar el contenido de los derechos y garantías constitucionales.

El artículo 44 de la Constitución afirma que el Estado promoverá de manera prioritaria el desarrollo integral y el interés superior de los menores de edad. Asimismo, el artículo 45 sostiene que los niños tienen derecho a una familia y a disfrutar de la convivencia familiar. Además, el numeral 4 del artículo 66 garantiza el derecho a la igualdad formal,

material y a la no discriminación, mientras que el artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos y protege a la familia como núcleo fundamental, basándose en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El numeral 5 del artículo 69 declara que el Estado fomentará la corresponsabilidad materna y paterna y supervisará el cumplimiento de los deberes y derechos de todos los miembros de la familia. El artículo 424 indica que la ley tiene una jerarquía superior y prevalece sobre cualquier otro tipo de regulación jurídica, y el artículo 426 sostiene que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

CONCLUSIONES

El derecho a la igualdad es importante, porque permite que las dos partes litiguen de forma equitativa, sin favoritismos a ningún lado, pues muchos padres han intentado tener la patria potestad de sus hijos y no lo han conseguido, ya la madre no deseaba acordar, con ésta decisión de la Corte los dos progenitores deben cumplir su rol de padres de forma eficiente, a fin de que no sea necesario implantar un juicio de tenencia o patria potestad, luego del análisis de esta resolución se colige que el derecho a la igualdad de los padres fue vulnerado, y del estudio de otras resoluciones referentes al mismo cuerpo legal, es importante el estudio de caso por caso, pues no todas las circunstancias son iguales, de allí el estudio y valoración de todas las pruebas que se presenten y los informes de las oficinas técnicas de cada unidad judicial.

Con antelación éste Código también tuvo varios artículos derogados por no apearse a la Constitución, esta declaratoria de inconstitucionalidad, pienso que no será la última pues existe más tela que cortar, ya que es injusto lo referente a incidentes de aumentos de pensión alimenticia que se realizan desde la fecha de la presentación del pedido, y, en cambio los incidentes de rebaja de pensión alimenticia se los realiza desde la fecha de la resolución, lo cual también causa malestar ya que hoy en día muchos padres pierden el trabajo sin generar los mismos recursos que antes.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Ofi Cial N° 506. Viernes 22 de Mayo de 2015, 1(69), 5–24.*
- Comisión de Igualdad y No Discriminación de Europa. (2015). Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers. *Council of Europe - Parliamentary Assembly, Resolución 2079, 1–2.*
- Congreso Nacional del Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. *Registro Oficial 737 de 03-Enero Del 2003. Última Modificación Del 07 de Julio Del 2014, 737, 1–45.*
- Rodríguez, E., Cáceres, N., Agudo, J., Mesías, J., & Villafrute, A. S. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad, 14(S1), 12–26.*
- Acuña, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de derecho (Valdivia), 28(1).* Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-9502015000100003&script=sci_arttext&tIng=en
- Arvelo, L. (2004). Maternidad, Paternidad y Género. *Otras Miradas, 92-98.*
- Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires. (2017). Responsabilidad parental. Alimentos. Procesos de familia. Obtenido de <http://www.nuevocodigocivil.com/responsabilidad-parental-alimentos-procesos-de-familia/>
- Domínguez, C. (2011). La paternidad en el derecho: una visión comparada. *Medellín: teología y pastoral para América Latina, 37(148).* Obtenido de <http://documental.celam.org/medellin/index.php/medellin/article/view/97>
- Duque, N. (2018). Qué es la patria potestad y qué derechos y deberes conlleva. *Revista Conflegal.* Obtenido de <https://conflegal.com/20180624-que-es-la-patria-potestad-y-que-derechos-y-deberes-conlleva/>
- Espinosa, M. (2015). “La patria potestad y la tenencia en el marco jurídico de la igualdad de género”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales . Obtenido de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/4233/1/UDLA-EC-TAB-2015-29%28S%29.pdf>

- Facio, A (2009) "El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres"
- Facio, A (2016) "La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad"
- Kelly, J. (2004). The Determination of Child Custody. *The Future of Children*, 6(2).
- Legal Information Institute . (2020). *Custodia de Menores*. Obtenido de https://www.law.cornell.edu/wex/es/custodia_de_menores
- López, D. (2013). Una reforma constitucional para España. *El Cronista*. Obtenido de https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1110723
- Ministerio de Justicia de Canadá. (2020). Parental Authority: Rights and Responsibilities of Parents. *The Law by Topic*. Obtenido de <https://educaloi.qc.ca/en/capsules/parental-authority-rights-and-responsibilities-of-parents/>
- Reyes, P. (2017). La patria potestad a examen ante la violencia de género. *Anales de la Cátedra*(51), 335-356. Obtenido de <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6259/5573>
- San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2). Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002
- UNESCO. (2014). *Indicadores Unesco de cultura para el desarrollo: Igualdad de género*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Vallespín, D. (2013). El ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso en los que la custodia es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores: ¿realidad o ficción? *Práctica de los Tribunales*(100).
- Wolters Kluwer . (2020). *Principios constitucionales*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNTY3NztbLUouLM_DxbIwMDC0MDIwUQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAXiPjKTUAAAA=WKE