



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN CONSTITUCIONAL

TEMA:

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA AL MOMENTO DE CONFIRMAR LA TENENCIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD SEGÚN EL ANÁLISIS DEL CASO 28-15-IN/21

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional. Modalidad: Estudio de Caso

Autor: Ab. Verónica Pilar Caticuago Camino

Tutor: Dr. José Gabriel Barragán García; Ph.D.

AMBATO – ECUADOR

2024

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL TUTOR

Yo, Ab. VERÓNICA PILAR CATICUAGO CAMINO, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA AL MOMENTO DE CONFIRMAR LA TENENCIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD SEGÚN EL ANÁLISIS DEL CASO 28-15-IN/21”, como requisito para optar al grado de Magister en 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 Ambato a los 18 días del mes de Abril de 2024, firmo conforme:

Autor: Ab. Verónica Pilar Caticuago Camino



Firmado electrónicamente por:
VERONICA PILAR
CATICUAGO CAMINO

Número de Cédula: 1722154224

Dirección: via Chone km 21, sector Nuevo Israel, ciudad Santo Domingo, provincia. Santo Domingo de los Tsachilas

Correo Electrónico: verónica_c2@outlook.com

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA AL MOMENTO DE CONFIRMAR LA TENENCIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD SEGÚN EL ANÁLISIS DEL CASO 28-15-IN” presentado por Ab. VERÓNICA PILAR CATICUAGO CAMINO, para optar por el Título de Magíster en Derecho Constitucional

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación 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.

Ambato, 18 de abril del 2024



Firmado electrónicamente por:
**JOSE GABRIEL
BARRAGAN GARCIA**

Dr. José Gabriel Barragán García; Ph.D.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación “LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA AL MOMENTO DE CONFIRMAR LA TENENCIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD SEGÚN EL ANÁLISIS DEL CASO 28-15-IN/21”, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ambato, 18 de abril de 2024



Ab. Verónica Pilar Caticuago Camino

AUTORA

CC: 1722154224

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA AL MOMENTO DE CONFIRMAR LA TENENCIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD SEGÚN EL ANÁLISIS DEL CASO 28-15-IN/21” previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 18 de abril del 2024

LIDIA ELIZABETH
NARANJO LLERENA

Firmado digitalmente
por LIDIA ELIZABETH
NARANJO LLERENA
Fecha: 2024.04.23
16:06:48 -05'00'

.....

Dra. Lidia Naranjo, Mg
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



Firmado electrónicamente por:
VERONICA PATRICIA
URRUTIA SANTILLAN

.....

Ab. Verónica Urrutia, Mg
VOCAL



Firmado electrónicamente por:
JOSE GABRIEL
BARRAGAN GARCIA

.....

Dr. Gabriel Barragán, PhD
VOCAL

DEDICATORIA

La educación no debe tener barreras, el esfuerzo lo hace constante mientras el fin sea compartir cada uno de los conocimientos adquiridos en la vida en base a la capacitación continua y la experiencia diaria como profesional, dedico este trabajo a la nueva generación, muestra de ello mi entrega inmutable para servir a la sociedad.

AGRADECIMIENTO

A Mi familia, ellos que están de manera continua en mi trayectoria profesional, son mi motor que me impulsan cada día a ser mejor ser humano, Padre Juan Caticuago tu exigencia me ha hecho perseverante, madre Mercedes Camino tu paciencia forjó en mi resistencia, hermano Juan Carlos Caticuago tu mi apoyo incondicional, sepan ustedes que agradezco de manera infinita por estar a mi lado a estribar e impulsar cada meta propuesta.

INDICE DE CONTENIDOS

PORTADA

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL TUTOR.....	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	iv
APROBACIÓN TRIBUNAL.....	v
DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTO.....	vii
INDICE DE CONTENIDOS	viii
RESUMEN EJECUTIVO.....	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN.....	1
Tema de Investigación.....	3
Estado del arte	3
Planteamiento del problema	4
Objetivos	6
Objetivo central	6
Objetivos secundarios.....	6
Justificación.....	6
Palabras claves y/o conceptos nucleares	7
Normativa jurídica	8
Descripción del caso objeto de estudio.....	8
Metodología.....	10
CAPÍTULO I.....	11
MARCO TEÓRICO	11
Definición de principios	11
Principio de igualdad y no discriminación	12
Igualdad formal.....	17

Igualdad material	19
Igualdad de género	20
Nociones generales de la familia.....	23
El divorcio	26
El interés superior del niño.....	27
Corresponsabilidad parental	29
Tenencia, objeto y características	31
CAPÍTULO II.....	36
ESTUDIO DE CASO	36
Temática para abordar	36
Puntualizaciones metodológicas	36
Antecedentes del caso concreto	37
Decisiones de primera y segunda instancia	41
Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador.....	41
Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional.....	44
Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación con el derecho objeto de análisis	44
Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.....	46
Análisis crítico a la sentencia constitucional	47
a) Importancia del caso en relación con el estudio constitucional ecuatoriano...50	
b) Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional.	51
c) Métodos de interpretación	55
d) Propuesta personal de solución del caso	56
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	60

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

**TEMA: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA
MATERNA AL MOMENTO DE CONFIRMAR LA TENENCIA Y EL
DERECHO A LA IGUALDAD SEGÚN EL ANÁLISIS DEL CASO 28-15-IN**

AUTOR: Ab. Verónica Pilar Caticuago Camino

TUTOR: Dr. José Gabriel Barragán García; Ph.D.

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo investigativo ha sido elaborado mediante un análisis crítico por la evidente violación al derecho a la igualdad respecto al género de los progenitores, al encontrarse frente a la preferencia materna cuando una familia se desintegra, esta desliga un sinnúmero de episodios familiares que afectan la armonía de la convivencia de los progenitores con los hijos, más aún cuando estos son menores de 12 años, se vuelve una acción negativa cuando no existen acuerdos voluntarios de los progenitores sobre la tenencia y se considera complicada de resolver tomando en cuenta que es un Juez quien debe emitir una resolución y determinar quién es el encargado de la tenencia del niño o niña. La Constitución del Ecuador es garantista de derechos y consagra al principio de igualdad como base fundamental y establece que todas las personas son iguales y gozaran de los mismo derechos, deberes y oportunidades, del mismo modo no se puede discriminar por ninguna razón de etnia, lugar de nacimiento, edad y sexo, partiendo de este precedente el Estado ecuatoriano al mantener lo estipulado en el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 numeral 2 y 4 normas que transgredían el derecho a la igualdad en el cual basándose en el género al progenitor se le atribuye la tenencia o patria potestad. El fin del estudio de la sentencia 28-15-IN/21 está enfocado en un análisis basado en un enfoque analítico – sintético y deductivo, sobre la constitucionalidad de la preferencia materna al confirmar la tenencia y el derecho a la igualdad visto desde un punto de vista crítico, considerado al principio de igualdad como pilar de un sistema legal, equitativo y justo al momento de otorgar la tenencia a el niño o niña.

DESCRIPTORES: Derecho a la igualdad, divorcio, familia, interés superior del niño, tenencia.

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

**THEME: THE CONSTITUTIONALITY OF MATERNAL PREFERENCE
IN CONFIRMING CUSTODY AND THE RIGHT TO EQUALITY UNDER
THE 28-15-IN CASE ANALYSIS**

AUTUOR: Ab. Verónica Pilar Caticuago Camino

TUTOR: Dr. José Gabriel Barragán García; Ph.D.

ABSTRACT

THE CONSTITUTIONALITY OF MATERNAL PREFERENCE IN CONFIRMING CUSTODY AND THE RIGHT TO EQUALITY UNDER THE 28-15-IN ANALYSIS
This research work has been elaborated through a critical analysis due to the evident violation of the right to equality concerning the gender of the parents when facing the maternal preference when a family disintegrates, this disengages several family episodes that affect the harmony of the coexistence of the parents with the children. It becomes a negative action when there are no voluntary agreements of the parents about the custody and it is considered complicated to solve taking into account that it is a judge who must issue a resolution and determine who is in charge of the custody of the child. The Constitution of Ecuador is a guarantor of rights and enshrines the principle of equality as a fundamental basis and establishes that everyone is equal and enjoys the same rights, duties, and opportunities, likewise can not discriminate for any reason of ethnicity, place of birth, age and sex. Based on this precedent, the Ecuadorian State by maintaining the provisions of the Code of Childhood and Adolescence in Article 106, paragraph 2 and 4, rules that transgressed the right to equality in which based on gender the parent is attributed the custody or parental authority. The purpose of the study of sentence 28-15-IN/21 is focused on an analysis based on an analytical approach - synthetic and deductive, on the constitutionality of maternal preference in confirming custody and the right to equality seen from a critical point of view, considering the principle of equality as a pillar of a legal system, equitable and fair when granting custody to the child.

KEYWORDS: best interest of the child, custody, divorce, family, right to.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene la finalidad de analizar la sentencia 28-15-IN/21 sobre la constitucionalidad de la preferencia materna al momento de confirmar la tenencia y el derecho a la igualdad. La Constitución de la República del Ecuador (2008) con una vigencia de más de una década, es destacada por ser garantista de derechos, teniendo en cuenta que la ley es aplicable a lo venidero, en este análisis se apalanca que las normas se deben actualizar de manera periódica de acuerdo con la realidad y necesidades de una sociedad cambiante en el ámbito sociales, económico y político de acuerdo con cada época.

La congruencia del sistema legislativo con la finalidad de garantizar los derechos humanos y principios universales posibilita la opción de acogerse o no a los preceptos legales, sin embargo, no incluye la violación a alguna norma o ley establecida y de acuerdo con esta armonía se reconozca cada uno de los derechos enunciados en la Constitución ecuatoriana como es el derecho a la igualdad y no discriminación considerando el interés superior del niño en la corresponsabilidad parental.

Para el autor García (2020), otorgar la tenencia a la madre de forma preferente podría atentar contra la preservación del entorno familiar y la subsistencia de relaciones familiares. No obstante, para establecer la tenencia al padre se debe probar que la madre no es apta para criar al niño y niña, en lugar de salvaguardar su interés, se genera conflictos que conllevan a la perpetuación de contextos de violencia de género, así como un distanciamiento entre los progenitores e hijos, en esta aplicación directa de principios constitucionales los que permiten que se establezca la norma suprema, los operadores de justicia no deben proceder de manera legalista, su actuar debe estar enmarcado en reconocer que un Estado constitucional se respeta y garantiza el goce de todos los derechos, así también, va de la mano con las directrices emitidas por la jurisprudencia vinculante.

La norma objeto de estudio en este trabajo, versa sobre dos reglas para encargar la tenencia en el numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y

Adolescencia (2003) suponen una regla y una condición. La regla es la preferencia materna y la condición el interés superior de niño y niña. Ahora bien, después de que se ha delimitado el alcance del artículo, es necesario dilucidar si la norma impugnada es contraria al derecho a la igualdad, a la no discriminación y al interés superior de niño.

El contexto de la norma impugnada se basa como principal enunciado la tenencia que es el encargo judicial por medio de un operador de justicia al momento determinar sobre la tenencia del niño y niña, este tipo de figura en el ordenamiento ecuatoriano se da por una falta de voluntad y mutuo acuerdo entre los progenitores. La puesta de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma referida es que la realidad cambie para mejorar el entorno de la vida tanto para los hijos e hijas con sus padres y madres.

La tradición determina que la mujer es la que debe ser la responsable del cuidado de sus hijos, estos estereotipos y roles de género que refleja la sociedad trascienden el espacio social y privado de las personas y alcanzan el ámbito jurídico esto embarca el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Existe estereotipos como lo masculino tiene una consideración positiva y superior, y lo femenino está subordinado y desvalorado, en la adjudicación de roles. (García, 2020)

En el análisis de la Corte Constitucional en el caso No. 3-19-JP/21, 2021 ha considerado como una medida de garantizar una medida para equilibrar responsabilidades parentales sobre el cuidado frente a los hijos e hijas: “el Estado, mediante todos los medios que sean posibles y necesarios, debe universalizar el ejercicio del derecho y de la obligación de cuidar para que lo ejerzan, en igualdad de condiciones, tanto los hombres como las mujeres” (p.232)

La sentencia de la Corte Constitucional caso 28-15-IN/21, es un claro precedente de lo estipulado en líneas anteriores, la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, en contra el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. En el análisis del caso se determinará los elementos

que valoró la Corte Constitucional y fueron determinantes para concluir la real existencia de inconstitucionalidad de la preferencia materna al momento de confirmar la tenencia a favor de la madre, considerado que aquello en ocasiones vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación respecto de los padres, cabe mencionar, que este será un análisis crítico pues se toma como punto de partida la constitucionalidad de estas definiciones.

Tema de Investigación

La constitucionalidad de la preferencia materna al momento de confirmar la tenencia y el derecho a la igualdad según el análisis del caso 28-15-IN/21.

Estado del arte

García, (2020) autor que manifiesta el derecho a la igualdad, hombres y mujeres se encuentra en las mismas condiciones de independencia y capacidad, la ley obliga que se trate de igualdad forma a todos los ciudadanos que se encuentren en la misma circunstancia o situación. Ecuador ha mejorado la igualdad de condiciones con base a los derechos de los menores, todavía existe una vulneración visible sobre todo en el derecho del progenitor y el interés del niño o niña en cuanto a la tenencia ya que se otorga solamente a la madre, dejando al padre en una situación de desigualdad de derechos.

Bermeo & Pauta, (2020) se refiere a la tenencia de los niños y niñas, no es ajena a esta realidad, ya que a los padres se interesan por dedicar más tiempo a sus descendencias, no obstante, prevalece en algunos administradores de justicia un pensamiento marcado por la historia, al otorgarse la custodia a uno de los progenitores la madre. En la práctica es difícil que los padres lleguen a acuerdos convergentes sobre la crianza de los hijos, lo cual motiva que existan pugnas en el campo jurídico para obtener la tenencia de los menores.

Según Román (2018), el derecho a la igualdad se configura cuando todas las personas son tratadas de igual forma por parte del Estado, en consecuencia se vulnera

este derecho cuando hay un trato diferencial en la sociedad, lograr que exista igualdad de oportunidades en las personas al ejecutar derechos fundamentales como el derecho a la igualdad implica un trato justo, igual, equitativos entre el hombre y la mujer sin discriminación, cuando se habla de igualdad en ante ley hace referencia a todos y todas en la misma línea de condiciones, por lo tanto se nos debe aplicar la misma jurisprudencia.

El Estado ecuatoriano se ha basado en estereotipos, que la mujer es la que merece la tenencia del niño o niña cuando hay una pugna sobre el cuidado, considerando que vivimos en un estado patriarcal donde el hombre provee y la mujer pertenece al hogar, Lo cual no siempre se ajusta a una realidad, “La tenencia y cuidado únicamente a la mujer, madre de familia que queda como madre soltera, teniendo que luchar ella sola contra las adversidades de la vida” (Henríquez, 2018, p. 25)

Para el autor Fernández (2017), la atribución que los padres tienen mediante una alineación parental sobre las tenencias y régimen de visitas sugiere que se mire de dos vertientes, uno de los padres como derecho de ellos de vivir con sus hijos y la segunda como los hijos tiene como derecho ellos de vivir con ambos padres, es así que este proceso de tenencia es importante la opinión de los niños.

El Estado ecuatoriano es adyacente al estereotipo y costumbres dado que la sociedad aún cataloga a la mujer como la que debe velar por el cuidado del niño o niña mientras que el hombre es el proveedor del alimento considerado en una sociedad patriarcal, como el sexo fuerte por ende su rol es de suministrar, “la preasignación de roles en la familia aún es marcada. Al padre se lo asocia con la responsabilidad de manutención y a la madre con la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos” (Zaidán, 2016, p. 19)

Planteamiento del problema.

Los derechos humanos son establecidos con la finalidad de ser resguardados, garantizados en base a la aplicación de normativa vigente en el ámbito de un Estado

constitucional de derechos, garantizado por medios internacionales dar su cumplimiento.

Consecuentemente, la vulneración del derecho a la igualdad que se encuentra establecido en nuestra Carta Magna y basado en la discriminación al padre referente a la preferencia materna al momento de confirmar la tenencia directa de los hijos en procesos de tenencia que se encuentra en conflictos después de un divorcio, ruptura o separación, se funda en estereotipos de origen cultural en donde el hombre es proveedor y la mujer se encarga del cuidado del niño o niña.

Los operadores de justicia al momento de otorgar la tenencia directa a la madre han observado a lo largo del tiempo irrestrictamente el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. El cual reincidió en una desigualdad a la corresponsabilidad parental en este caso al progenitor decisiones tomadas muchas veces por la costumbre legal y de esta manera vulnerando el derecho a la igualdad del padre a ejercer una tenencia valorando parámetros necesarios para la motivación de una sentencia que responde a prototipos de que el padre no tiene la capacidad para cuidar de sus hijos y que es quien se encarga meramente de proveer y en base a una cultura de un sociedad patriarcal donde la mujer se encarga de la crianza del hijo o hija y no puede salir en busca de trabajo.

Con base en lo expuesto anteriormente, se plantean preguntas guía para la investigación, mismas que involucran las variables tanto del derecho a la igualdad, así como el otorgamiento de la tenencia

- ¿De qué manera se puede garantizar el derecho a la igualdad al confirmar la tenencia según la sentencia del caso 28-15-IN/21?
- ¿La preferencia de la tenencia concedida a favor de la madre puede violar el derecho a la igualdad y a la no discriminación?

- ¿De acuerdo con la sentencia del caso 28-15-IN/21 se prima por el principio de interés superior de los niños y niñas sobre el interés de los padres?

OBJETIVOS

Objetivo central

Analizar la constitucionalidad de la preferencia materna al momento de confirmar la tenencia y el derecho a la igualdad.

Objetivos secundarios

1. Determinar las bases doctrinales, normativas y jurisprudenciales del principio de igualdad y no discriminación al momento de confirmar la tenencia en la realidad ecuatoriana.
2. Analizar de forma valorativa la sentencia 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador para evitar la vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.
3. Estudiar el alcance del precedente constitucional que surgen en torno a la promulgación de la sentencia 28-15-IN/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.

Justificación

- **Social:** Esta investigación genera un impacto social amplio para los progenitores, al vulnerar un derecho humano, es de importancia analizar como género femenino y masculino han luchado históricamente sobre la igualdad de condiciones y por ende como base ser parte de una estructura patriarcal de asignación rígida de roles de hombres y mujeres basados en estereotipos de género y cultura transgrediendo el derecho a la igualdad es importante fomentar la corresponsabilidad parental acompañada de cambios normativos aplicados en una sociedad costumbrista en cuestiones de tenencia del niño o niña.

- **Académica:** Existe disímil de trabajos que abordan temas relacionados sobre la problemática existencial, por tal razón resulta novedoso e importante el planteamiento realizado, el mismo que cuenta con base doctrinal y jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad acerca de la constitucionalidad de la preferencia maternal al momento de confirmar tenencia del niño o niña en casos de divorcios o rupturas controvertidas.

- **Jurídica:** La aplicabilidad de la igualdad de derechos en la sociedad es vulnerado, derechos enmarcados en la Constitución Ecuatoriana e Instrumentos internacionales que garantizan derechos es así que surge la necesidad de resolver bajo sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador se declarar la inconstitucionalidad del numerales 2 y 4 del artículo 106, del Código de la Niñez y Adolescencia que vulnera el derecho a la igualdad al existir preferencia materna al momento de confirmar la tenencia del niño o niña, formándose como jurisprudencia que aflora la igualdad de condiciones sobre la tenencia y la no discriminación del progenitor, promoviendo la corresponsabilidad parental y precautelando el principio del interés superior del niño.

Palabras claves y/o conceptos nucleares

Las palabras descriptoras o conceptos nucleares de esta investigación se relacionan con la tenencia, progenitor, niño, derecho, igualdad, discriminación y parental.

Derecho: Para el autor Freire (2021), la Colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquiera sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza.

Progenitor: “Cuyo origen etimológico nos remonta al latín progenitor, es un término que se usa para nombrar al padre de un individuo. En concreto, el concepto refiere al pariente que, respecto a un sujeto, se halla en una línea ascendente”. (Peña, 2007, p.133)

Niño: “Se entiende como niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. (Convención sobre los derechos del niño, 1989, Art. 1)

Tenencia: Según el autor Pena (2016):

La tenencia es una forma de protección a los niños y adolescentes que consiste en tener la custodia física del menor de edad con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Es el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo, y recíprocamente el derecho de los hijos de vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca. (p. 17)

Predictibilidad: en concepto atañe a que:

Las autoridades encargadas utilizan este término para predecir situaciones futuras que pongan en riesgo al menor, o a su vez que presenten resultados favorables al niño; este enfoque hacia el futuro se desenvuelve en casos específicos. La predictibilidad esta conjuntamente acoplada con la protección integral del menor, buscando la efectividad de la protección del niño. (Galeth, 2021, p. 39)

Normativa jurídica

El desarrollo de la investigación se empleará como normativa jurídica relevante, los establecido en el numeral 4 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los artículos 1 y 24 Convención Americana de Derechos Humanos. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador.

Descripción del caso objeto de estudio

Caso N.º 28-15-IN/21; Sentencia N.º 85-16-SEP-CC

Motivo la acción pública de inconstitucionalidad presentada por “Farith Simón Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, en contra el artículo 106, números 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia” (caso 28-15-IN/21, p. 1), donde buscan evitar situaciones de alienación parental y estigma hacia la figura paterna, encontrado la vulneración de derecho a la igualdad, la norma es contraria a la responsabilidad parental y al interés superior del niño o niña.

Tema específico: La tenencia del niño o niña en alienación parental sin vulnerar los derechos del padre, madre e hijos o hijas.

“El 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia (“accionantes”) presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003, expedido por el Congreso Nacional” (caso 28-15-IN/21, p. 1)

“El 28 de abril de 2015, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la presente acción pública de inconstitucionalidad y se otorgó el término de quince días para que la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado se pronuncien.” (Caso 28-15-IN/21, p. 1)

(Caso 28-15-IN/21, p. 1) en el presente caso se presentaron varios amicus curiae estos que como consecuencia se basa presente acción inconstitucional de vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, Debido a la necesidad, los accionantes sostienen que la norma impugnada viola el principio de corresponsabilidad parental.

Consideran que la norma impugnada en el presente caso esta desactualizada y la misma que no responde a la realidad actual, se determina ejemplos de los ordenamientos jurídicos de Chile, España, Argentina, Uruguay, Perú y Colombia para

mostrar que la ley no debe realizar ningún tipo de preferencia entre padre y madre para otorgar la tenencia.

Finalmente, la decisión tomada fue la aceptación y declaración de la inconstitucionalidad de los numerales 1 y 4 del Art. 106 del CONA (caso 28-15-IN) pues el objetivo principal es garantizar el interés superior del niño o niña y evitar cualquier violación a sus derechos, frente a ello se dispuso que la Defensoría del Pueblo emita un informe con la notificación de la sentencia en un plazo máximo de 90 días, así mismo dicha documentación debe ser remitida a la Corte Constitucional en el tiempo establecido.

Metodología

El desarrollar del presente trabajo se basó en la utilización de investigación documental física y virtual aplicando la metodología cualitativa considerando que se realizara el análisis minucioso del Caso N.º 28-15-IN/21; Sentencia N.º 85-16-SEP-CC siendo este específico y único para evaluar la vulneración de derechos constitucionales se utilizara la aplicación de los siguientes métodos de investigación:

Método analítico crítico: Por medio de este método se procede a descomponer un todo en sus elementos básicos, por tanto va de lo general a lo específico así, se investigará la implicación que produce la sentencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana del Caso N.º 28-15-IN/21; Sentencia N.º 85-16-SEP-CC descomponiendo sus elementos esenciales.

Método de análisis de casos: Proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de un caso relevante vinculado con una contrariedad jurídica de la situación ecuatoriana e identificaremos la violación y vulneración de los derechos establecidos en nuestra Constitución de manera que se establece la relación causa-efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación, es así que por considerarse ese tema tan trascendental importancia para la familia núcleo de la sociedad en general.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Definición de principios

Los principios son fundamentos o reglas fundamentales que guían el comportamiento, las acciones o las decisiones en una variedad de contextos, como ética, moral, negocios, ciencia, filosofía y más, los principios son como directrices generales que ayudan a las personas a tomar decisiones coherentes y tomar acciones adecuadas en situaciones diversas, en términos concretos según Alexy (1988) son:

“Son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.” (p.143)

Los principios, en el contexto del derecho, son reglas o normas generales que guían la interpretación y aplicación de las leyes y que se utilizan para resolver situaciones legales o casos concretos, según Rodríguez (2013) son:

Normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada para su promoción. (p. 398)

Estos principios se basan en consideraciones éticas, morales, sociales y jurídicas que ayudan a los jueces y abogados a tomar decisiones cuando la legislación es ambigua o no aborda específicamente un problema.

Los principios jurídicos son flexibles y se aplican de manera amplia, y a menudo se utilizan para llenar lagunas legales o para garantizar la equidad y la justicia en el sistema legal, algunos ejemplos comunes incluyen el principio de igualdad ante la ley,

el principio de legalidad, el principio de buena fe y el principio de proporcionalidad, entre otros, citando nuevamente a Alexy (2002):

Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y por la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. (p.13-14)

Principio de igualdad y no discriminación

Los principios se refieren también a los derechos constitucionalmente reconocidos, según el autor Cunalata (2021), a los derechos que se encuentran plasmados dentro de una Constitución, son básicamente establecidos para brindar garantías y facultades dentro del ejercicio diario de cada uno de los individuos de una sociedad previamente establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

La igualdad es un principio fundamental que está intrínsecamente ligado a la dignidad humana, por lo tanto, la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas con respeto y justicia, independientemente de sus características personales, como el sexo, la raza, la religión, la orientación sexual o cualquier otra, es así que este principio de igualdad se refleja en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos y constituciones en todo el mundo

Dentro de los derechos constitucionales está el derecho a la igualdad, el cual se debe considerar más que un derecho como un principio, la Constitución (2008) en el artículo 11 numeral 2 menciona lo siguiente:

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, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra

distinción... 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

Las garantías que el Estado rige frente a una sociedad que prohíbe la discriminación y garantiza igualdad de condiciones, es el punto de partida que conduce a la igualdad de la corresponsabilidad que tiene tanto el padre como la madre en respecto a la forma de crianza positiva según lo que emana mandatos constitucionales en el Estado ecuatoriano, Cedeño, (2022) comenta:

El Derecho De Igualdad: Que un hombre no sea tratado como igual minimiza su humanidad. Que una mujer no sea tratada como igual, invisibiliza su humanidad. Es por ello, que la igualdad además de ser un derecho también es un principio y una garantía de actuación. (p.8)

El principio de igualdad y no discriminación es un principio fundamental en los derechos humanos, pero su aplicación y interpretación pueden ser complejas debido a la diversidad de categorías protegidas, los contextos culturales y legales cambiantes, y la evolución de la sociedad y la jurisprudencia.

El derecho a la igualdad se basa principio entre ellos el de mayor jerarquía el principio de igualdad que debe ser reconocido por la sociedad con la mera finalidad de ser equitativo en condiciones. Relacionando a la dignidad y realización humana, esto es competencia del Estado suministrar las posibilidades concretas, eficaces y efectivas para cristalizarlo según las necesidades en base a las circunstancias de cada individuo, la sociedad debe ser ecuaníme y darle el mismo valor a las diferencias, semejanza y papeles que desempeñas cada progenitor ejerce en el derecho a una familia comunidad y sociedad. (Bermeo & Pauta, 2020)

El principio de no discriminación implica que está prohibido tratar de manera discriminatoria a una persona sea hombre o mujer. De igual manera, deben ser tratadas de manera equitativa ante la ley, con el derecho a recibir la misma protección legal y a beneficiarse de la ley sin ser objeto de discriminación, por lo que no se puede obstaculizar

el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón alguna y cualquier violación de este principio conlleva sanciones para el infractor.

Es importante acotar que los principios de igualdad y no discriminación no se limitan a una sola categoría, como el género o la raza, también se aplican a una amplia gama de características personales, como la orientación sexual, la religión, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, entre otras. Cada una de estas categorías puede requerir una consideración y protección específica.

Se reconoce así en nuestra Constitución se ha encaminado en la igualdad, más bien se diría que son variables que diverjan la objetividad plasmada al momento de ser aplicada por el aparataje jurídico que incumple con el rol de garantista y protectores de derechos de los individuos de una sociedad, dejando brechas que no basta con establecer el derecho a la igualdad ante la ley, si no se cumple, es un hecho que la igualdad de condiciones debe entenderse a oportunidades y obligaciones equitativas.

Para el autor Freire (2021) los derechos fundamentales son la base firme para el ordenamiento jurídico, en relación a lo mencionado expresa que los derechos fundamentales giran en torno a un Estado y los derechos humanos se arista a un ámbito internacional.

La igualdad considerada como un principio es amplio en contexto, es la exigencia de la igualdad de condiciones dejar de un lado ambigüedades discriminatorias entre el hombre y la mujer, es decir que todas las personas se encuentran bajo las mismas situaciones y condiciones bajas las mismas normas, derechos y oportunidades ante las leyes todas somos iguales, por lo tanto, la discriminación no siempre es evidente o directa, puede manifestarse de manera indirecta a través de políticas o prácticas que, en apariencia, son neutrales pero que tienen un impacto desproporcionado en ciertos grupos, sin embargo, la interpretación de casos de discriminación indirecta puede ser compleja.

Para Vela (2021), este principio se basa en la equidad socialmente se debe entender que todas las personas tenemos las semejantes oportunidades este principio -derechos, fue constituyéndose con el pasar del tiempo como un derecho universal y fundamental de los seres humanos se fortalecer como un principio y derecho a la vez sin que existan privilegios intrínsecos en cada individuo de una sociedad, es un principio que ha sido reconocido más un axioma jurídico con énfasis a igualdad de condiciones sobre cada uno de los ciudadano ante la definición de igualdad ante la ley.

Es menester entender que la igualdad puede ser tratada como un mero principio, sin menoscabar que se pueda determinar como un derecho, dado a esto se puede decir que la igualdad es una dualidad entre el derecho y el principio se convierte en la base para formar un ordenamiento jurídico el mismo que ayudara con su cumplimiento al ejercicio pleno de los derechos sea dentro de un Estado u ámbito internacional.

En este sentido, se resalta la importancia de la igualdad, a pesar que en varias ocasiones ha sido expuesta y vulnerada, en concreto en el caso objeto de estudio se demuestra la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia pues se evidenció la preferencia materna al momento de establecer la tenencia del niño o niña, lo que implica violentar lo derechos del padre y más grave el de los menores en el ámbito del desarrollo integral, como efecto de lo expuesto, evidentemente los derechos a la igualdad y a la no discriminación se vieron afectados, por lo tanto la Corte Constitucional dictaminó que las disposiciones impugnadas eran discriminatorias y por ende se las expulsó del ordenamiento jurídico. Por otro lado, abordando un enfoque del derecho de igualdad, en el Ecuador se ha quebrantado la corresponsabilidad del padre y de la madre puesto que no existe legalizada la figura de tenencia compartida, a su vez solo se contempla la tenencia unilateral.

El principio de igualdad y no discriminación es esencial en el contexto de la determinación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes en situaciones de custodia compartida o en disputa de la tenencia. Este principio se basa en la idea de que tanto el

padre como la madre tienen el mismo derecho y responsabilidad en la crianza y el desarrollo de sus hijos e hijas, sin importar su género, lo cual se alinea con la promoción de la igualdad de género y el respeto por los derechos fundamentales de todos los individuos, incluyendo los menores.

A razón de ello, la igualdad es considerada como un principio que rige y conduce la actuación del Estado frente a los ciudadanos, además de garantizar un trato igualitario, elimina cualquier tipo de discriminación, es primordial que se implementen políticas públicas para asegurar este derecho.

Dentro del ámbito jurídico el principio de igualdad certifica que todas las personas pueden acceder y solicitar con justicia los derechos ante cualquier autoridad judicial, con base en lo profesado en la Carta Magna en el artículo 11 numeral 2 se indica que todas las personas son iguales y gozarán de los mismo derechos, oportunidades y deberes, en tal sentido, no es posible ejercer discriminación o violentar por ninguna razón.

Es preciso considerar que la igualdad se relaciona estrechamente con la dignidad y realización humana. La igualdad entre mujeres y hombres vislumbra, que sean considerados como iguales en cuanto a las semejanzas, diferencias y los papeles que desempeñan cada uno, se requiere que asuman el pleno derecho en la familia, comunidad y sociedad y considerando el principio del interés superior del niño, que es un pilar fundamental en la determinación de la tenencia de los hijos en situaciones de custodia o disputa sobre la crianza. Este principio establece que todas las decisiones relacionadas con la custodia y el cuidado de los niños deben centrarse en lo que es mejor para el bienestar y el desarrollo de los menores, sin importar el género de los padres ni otros factores que no estén directamente relacionados con el interés y el bienestar de los niños.

Igualdad formal

El principio de igualdad es esencial porque se fundamenta en la noción de que todas las personas deben recibir un trato justo y equitativo, sin ningún tipo de discriminación. Este principio tiene un alcance amplio y se extiende a diferentes áreas, incluyendo el ámbito legal, político y social, convirtiéndose en un pilar fundamental en un Estado democrático, actúa como una salvaguardia que asegura que las leyes y regulaciones en el sistema legal traten a todas las personas de manera equitativa y sin ningún tipo de discriminación.

La igualdad formal es un principio fundamental en el contexto de los derechos humanos y la justicia. Se refiere al trato igualitario y la igual protección bajo la ley para todas las personas, sin importar sus características personales, como el género, la raza, la religión, la orientación sexual o cualquier otra categoría. La igualdad formal implica que todas las personas tienen los mismos derechos y oportunidades, y que la ley debe aplicarse de manera imparcial y sin discriminación.

El principio de igualdad formal se refiere a la idea de que todas las personas deben recibir el mismo trato sin exclusión o discriminación. Este principio se encuentra consagrado en numerosos Tratados Internacionales y también en la Constitución (2008), donde se establece que es un derecho fundamental de las personas y que garantiza que todos sean protegidos por la ley de manera igualitaria, sin importar su origen, género, raza, religión u otras características personales, por lo tanto, este principio es esencial para promover la justicia y la igualdad en una sociedad democrática, asegurando que todas las personas gocen de igual protección bajo la ley y estén libres de discriminación.

La igualdad formal, que se centra en la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos en papel, es un paso importante hacia la igualdad, pero no es suficiente por sí sola, ya que a medida que la sociedad ha evolucionado, se ha reconocido cada vez más que la igualdad formal puede no abordar completamente las desigualdades y las

barreras que algunas personas enfrentan en la práctica, como en el tema que traemos a la mesa de análisis, como lo señala Peñas y otros (2019):

La igualdad formal no va más allá de la integración de la igualdad frente la ley, de una igual libertad y de la igualdad de derechos. Es cierto e indiscutible que el reconocimiento de la igualdad formal fue un punto de partida recomendable para lograr una igualdad de derechos e incluso muy necesaria, pero el devenir del tiempo está demostrando que ha sido insuficiente. (p. 907)

En tal sentido, la igualdad formal es un principio fundamental que busca garantizar que tanto hombres como mujeres sean tratados de manera igualitaria ante la ley y tengan igualdad de derechos y oportunidades, tal como se reconoce en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, lo cual es esencial para asegurar que todas las personas gocen de sus derechos fundamentales sin discriminación de género.

En el contexto de la determinación judicial de la tenencia de niños, niñas y adolescentes, la igualdad formal se aplica al reconocer que ambos progenitores, ya sean padres o madres, tienen igual responsabilidad y derechos en la crianza, educación y desarrollo integral de los menores, es decir, que las decisiones relacionadas con la custodia de los hijos deben basarse en el interés superior del niño y no en el género de los padres, así, se promueve una visión equitativa de la parentalidad que refleja la igualdad de género.

Este enfoque reconoce que tanto los padres como las madres pueden desempeñar un papel fundamental en la vida de sus hijos y que las decisiones deben basarse en las necesidades y el bienestar de los menores, más allá de consideraciones de género. La igualdad formal, por lo tanto, contribuye a promover relaciones familiares más equitativas y a garantizar que los derechos de los niños sean respetados y protegidos de manera justa y sin discriminación.

Igualdad material

La igualdad material, también conocida como igualdad sustantiva o igualdad real, se refiere a la búsqueda de igualar las condiciones y oportunidades de todas las personas, no solo en términos formales o legales, sino también en la práctica. A diferencia de la igualdad formal, que se centra en garantizar que todas las personas tengan los mismos derechos y protecciones bajo la ley, la igualdad material busca abordar las desigualdades reales que existen en la sociedad, incluyendo desigualdades económicas, sociales y culturales.

La igualdad material va más allá de la igualdad formal y se esfuerza por crear una sociedad en la que las desigualdades económicas, sociales y culturales se reduzcan significativamente, y donde todas las personas tengan la oportunidad de desarrollar su potencial y vivir una vida digna, independientemente de su origen o circunstancias, concepto está estrechamente relacionado con la justicia social y la equidad, según Peña y otros (2019) opinan que:

La igualdad material o igualdad real, se diferencia de la formal principalmente en que no es simplemente algo intangible, un ente simplemente normativo. La igualdad real, trata de obtener algo materializado y práctico. De ahí que se la llame igualdad material. (p.14)

Este tipo de igualdad requiere acciones concretas y un compromiso constante para eliminar las desigualdades y garantizar que todos los individuos tengan igualdad de derechos y oportunidades, es importante que las leyes y regulaciones sean equitativas y se apliquen de manera justa para todos los hombres y mujeres, sin discriminación, lo que incluye el acceso a la justicia y el sistema legal.

Así mismo, no debe quedarse en un principio abstracto, sino que debe materializarse y practicarse de manera efectiva en la sociedad, por tanto, se deben tomar medidas concretas y políticas específicas para abordar las desigualdades

existentes y garantizar que todas las personas tengan igualdad de oportunidades y acceso a sus derechos fundamentales, Castillo (2021) comenta que:

El principio a la igualdad material o real incluye una obligación positiva de hacer para el Estado ecuatoriano. El inciso final del número segundo del artículo 11 de la Constitución establece: 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. (p. 73-74)

En algunos casos, puede ser necesario implementar medidas afirmativas para corregir desigualdades históricas y sistémicas, dichas medidas buscan nivelar el campo de juego para grupos que han enfrentado discriminación o desventajas, los gobiernos y las instituciones deben desarrollar políticas públicas que promuevan la inclusión y aborden las desigualdades económicas, sociales, culturales y de género.

Igualdad de género

La igualdad forma y de género se basa en la prohibición de discriminación entre personas de igual o diferente género puesto que ante la ley se justifica que todos somos iguales y tenemos los mismos derechos y obligaciones como ser humano, es así que en el ámbito familiar, sin discriminación del género tienen las mismas oportunidades de velar sobre el bienestar del niño o niña, la igualdad de género busca equiparar que tanto el hombre como la mujer son aptos para el cuidado de los hijos y tienen las mismas responsabilidades, capacidades, que el cuidado del niño y niña no impide el libre desarrollo de los progenitores, sea este en ámbito laboral, social u otros, según Castillo (2019):

Esta igualdad consiste en que la ley debe ser aplicada a todos sin diferencia alguna y más si están pasando por situaciones similares, no se debe conceder preferencia alguna o imponer obligaciones para que a algunos lo beneficien y a otros lo agraven si se encuentran en igual condición, tampoco hablamos de una igualdad total, sino que se aplicará la ley de acuerdo con cada caso sin

diferencias constitutivas. La igualdad presume la distinción prudente entre los que no se encuentran en la misma situación, por lo que la ley no impide que se aplique de distinta manera a otras personas que estén pasando por situaciones distintas, siempre que no sea de una manera arbitraria o responda a un propósito de maldad contra alguna persona o grupo de personas dañando su integridad. (p.26)

Tanto el hombre como la mujer cuenta con las mismas capacidades, habilidades para convivir con sus hijos, es así que en la actualidad es normal ver a padres cuidando de sus hijos mientras la madre trabaja para proveer a la familia e incluso en procesos de divorcio cuando existe controversia cuando se pone a sufrir al niño o niña cuando le toca decidir entre el padre o la madre.

La Constitución (2008) el numeral 4 del artículo 66 señala que: “se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y a la no discriminación” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), la igualdad de género implica que no se debe otorgar preferencia ni discriminación basada en el género de los padres al tomar decisiones sobre la custodia de los niños. Ambos padres tienen los mismos derechos y responsabilidades en lo que respecta a la crianza y el cuidado de sus hijos. Esta perspectiva se alinea con la idea de que tanto el padre como la madre pueden contribuir de manera significativa al bienestar y desarrollo de los niños, y que las decisiones deben basarse en el interés superior de los menores, sin distinción de género. Esto promueve relaciones familiares equitativas y reconoce la importancia de la participación activa de ambos padres en la vida de sus hijos.

Con respecto al derecho a la igualdad de género la Convención sobre los derechos en el Artículo 1 señala:

Obligación de Respetar los Derechos. 1.-Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2.-Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José, 1978)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento importante para promover y proteger los derechos humanos en las Américas, y establece claramente la importancia de la igualdad de derechos y la prohibición de la discriminación en todas sus formas, los Estados partes en esta Convención tienen la responsabilidad de respetar y garantizar estos principios en su territorio.

La Convención (1978) establece que los Estados parte se comprometen a respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención para todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, nacionalidad, orientación sexual, o cualquier otra condición, enmarcados en la igualdad de condiciones los progenitores al momento de compartir una tenencia sin diez son parte de una familia incluso cuando esta haya pasado por una transición de separación.

La convención sobre los Derechos Humanos también hace referencia de la igualdad ante la ley, para lo cual el Artículo 24 establece: “Igualdad ante la Ley.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José, 1978)

Es menester saber que la tenencia en el ámbito de igualdad como mero derecho y principio, tanto la madre como el padre tiene las mismas condiciones optativas para el cumplimiento de dicho deber de responsabilidad parental para con los hijos. Siendo la familia el núcleo de una sociedad y los hijos quienes a futuro conformaran arista familiar es por ello por lo que al conformar una tenencia compartida se presume a futuro un hogar con armonía familiar sin discriminación social en igualdad de condiciones.

La Declaración de los derechos humanos también hace referencia al tema sobre la igualdad que claramente lo establece en el artículo 2 con la siguiente referencia, este artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Además, prohíbe la discriminación en la aplicación de la ley y garantiza a todas las personas el derecho a un recurso efectivo si sus derechos son violados.

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía. (La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

Es posible aportar que la igualdad de género dentro del núcleo familiar es muy importante, tanto la figura materna como paterna son claves en la crianza, educación y cuidado de niños, niñas y adolescentes, ambos deben hacerse cargo de las responsabilidades, derechos y obligación respecto a sus hijos, en temas de tenencia o de custodia lo fundamental es velar por los intereses de los menores pues se debe asegurar su desarrollo y bienestar integral, no obstante, hay que considerar que la persona que obtenga la custodia del niño o niña pueda proporcionarle un ambiente familiar, sano y armónico, que coadyuven al crecimiento, desarrollo y estabilidad tanto física, psicológica y emocional del menor.

Nociones generales de la familia

Para Henríquez (2018)

La familia es la congregación de personas fundamentada en los valores morales y de convivencia sujetas a la cultura social regida por las normas del marco jurídico que

las regula dentro del Estado que se desarrolla en el camino de la superación en todos los aspectos consagrados en la espiritualidad, doctrina en el núcleo familiar. (p. 31)

La familia es una institución que aparece bajo los lineamientos de la necesidad humana con fin de protección de unos a otros desde los remotos tiempos, con la finalidad que crear grupo familiares y preservar la especie humana, la familia consanguínea es el primer escalafón en el cual la madre y el padre tiene el vínculo sanguíneo.

Para Enríquez (2015) familia es un vincula en el cual deben existir responsabilidades y obligaciones de los integrantes del núcleo familiar creada de forma natural formada por el padre, la madre y sus descendientes.

La familia es rol más importante que tienen los progenitores tanto el padre como la madre sobre la evolución del niño y niña dentro de una sociedad, es así que la base fundamental es el entorno en el cual se desenvuelve es por esto la necedad de la presencia de los progenitores en su desarrollo, sin embargo cuando existe una ruptura familiar se desintegran sus miembros y por costumbre en una sociedad patriarcal en la cual idealizan que la mujer debe quedarse en casa al cuidado de los hijos, sin embargo algunas les ha tocado afrontar el rol de padre y madre al mismo tiempo, proveedoras de alimentos y de sus cuidados.

Uno de los integrantes principales de la familia es el progenitor, Abarca (2019) señala:

Progenitor, cuyo origen etimológico nos remonta al latín progenitor, es un término que se usa para nombrar al padre de un individuo. En concreto, el concepto refiere al pariente que, respecto a un sujeto, se halla en una línea ascendente. La progenie es el mecanismo más importante del ser humano para establecer grupos sociales. Cuando los progenitores tienen su descendencia, forman lo que conocemos como familia. (p.23)

Progenitor es el padre o madre biológica cuya función es estar encargado de velar por el cuidado, crianza, educación, sobre esto deberes, derechos y obligaciones de sus hijos, son parte de la familia, los padres son los primeros responsables del actuar de sus hijos es importante el estilo educativo parental.

En cuanto al concepto de niño o niña Cabrera (2017) comenta que:

Los orígenes de la palabra niño e infante, están relacionados con el concepto del *pater familiae* y *patria potestas* donde el niño o niña es objeto-propiedad del padre, y con el concepto de *dignitas*, donde el niño o niña carece de dignidad, está sometido al adulto, no posee la posibilidad de tomar sus propias decisiones y ser autónomo. (p.94)

Según la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 1 señala “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989). Asimismo, se entiende que niño o niña es el ser humano menor a 18 años que se encuentra bajo la tutela de los progenitores ya que este es incapaz para tomar decisiones.

Dentro del análisis crítico que presenta esta investigación, se destaca que en el caso de la tenencia disputada, se debe velar y garantizar el cumplimiento de los derechos de todos los niños y niñas en cualquier situación o circunstancia que se presente, la posición adoptada está en pro del bienestar y protección, se excluye la discriminación o castigo por causa de la condición, actividades, u opiniones expresadas por sus padres o por sus tutores, el propósito es precautelar la integridad de los menores y con ello se pretende lograr el desarrollo integral a través del cumplimiento de sus derechos entorno a la libertad, dignidad y equidad. Un aspecto importante que resaltar, es que la tenencia de un niño o niña es otorgada con base en las necesidades y requerimientos del menor siempre y cuando se ponga de ponga como prioridad sus intereses, tal como se estipula

en el Art 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, además, debe brindar un ambiente armónico y adecuado en el que exista la calidez y responsabilidad de un hogar

El divorcio

El divorcio es una decisión que toman los esposos en medio de una crisis que conmociona a todos los integrantes de la familia y que de este modo disuelven sus lazos conyugales, como resultado se crean y se establecen las obligaciones y derechos hacia los hijos, muchos de los estragos de un divorcio son los pleitos que duran años de los cuales no se puede hacer parte de ellos a los hijos y repercutir el divorcio en los hijos, para Cabascango (2017):

El divorcio es siempre para los hijos una experiencia diferente que para los padres: la familia en la cual los niños nacieron, creció y vivieron toda su vida se muere y cualquiera fueran sus deficiencias, sienten que es la entidad que les brinda el apoyo y la seguridad que necesitan. El ser humano, al nacer, requiere del cuidado de sus progenitores durante mucho más tiempo que cualquier otra especie y los niños son conscientes de esa dependencia. (p.10)

Lo primordial luego de una ruptura es tener los acuerdos de los hijos menores de edad, el hábito de la tenencia, régimen de visitas y alimentos, evitando a toda costa el alejamiento de cualquiera de sus progenitores considerando que la desintegración de la agrupación familiar causa impacto psicosocial interrumpiendo el correcto desempeño como padre y madre creando experiencias dolorosas y traumáticas por la decisión de ruptura de la relación causa efectos contraproducentes es la estructura familiar hasta llegar a ocasionar confrontaciones entre progenitores y con esto causar inestabilidad emocional en los hijos. (Abarca, 2019)

El divorcio o separación causa cierto cambios en la familia donde existe afectación directa a los niños y niñas del hogar en conflicto, los progenitores empiezan una disputa sobre la tenencia de los hijos, cabe recalcar que para que exista este tipo de ruptura de la pareja no es necesario estar casada ya que en Ecuador existe la unión de hecho y por

costumbre los noviazgo de los cuales quedan hijos, es cuando empieza una serie de procesos judiciales cuando no existe la voluntad de las partes para arreglar situaciones, poniendo en último lugar el bienestar de sus hijos.

El interés superior del niño

De varias investigaciones realizadas por algunos doctrinarios se conoce que el principio del interés superior del niño tiene sus raíces en el Código de Hammurabi y según Quispe (2022), es un antiguo documento que data de aproximadamente 2000 años antes de Cristo y perteneció a la civilización de la antigua Mesopotamia. Este código representa el primer conjunto de leyes conocido en la historia de la humanidad y tenía como objetivo establecer normas uniformes para regular el comportamiento de la sociedad babilónica, incluida la conducta de los padres hacia sus hijos. A través de este código, se buscaba mantener la equidad y la justicia en la sociedad, y se establecían diversas sanciones, que incluían indemnizaciones, castigos e incluso la pena de muerte, para garantizar el cumplimiento de estas normas.

Este código histórico sentó las bases para la consideración del bienestar y los derechos de los niños en el contexto legal y social, lo que más tarde evolucionaría en el principio del interés superior del niño tal como lo entendemos en la actualidad, según Bustelo (2012) considera que,

Si bien históricamente se registran manifestaciones dispersas e incipientes para la protección de la infancia, el Código de Hammurabi en Babilonia, el papiro de Ebers en Egipto, la Ley Especial, para Menores en Inglaterra, la Primera Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, entre otras, la mayor parte de autores concuerdan en que es la Declaración de los Derechos del Niño concentrada en Ginebra por la Liga de las Naciones, la que constituye el primer instrumento internacional de relevancia, otorgando derechos específicos a los niños, así como responsabilidades a los adultos. (p.40)

En relación con la afirmación del autor, es importante destacar que, a principios del siglo XX los países no tenían reglas para proteger a los niños. No fue sino hasta finales del mismo siglo que surgió y empezó a ser universalmente reconocido el principio del

interés superior del niño, lo que tuvo un impacto significativo tanto en el ámbito social como legal en todo el mundo. Este logro se debió en gran medida a la Declaración Universal de los Derechos del Niño, más conocida como la Declaración de Ginebra de 1924. Este evento marcó un hito importante en el ámbito legal relacionado con los niños, ya que en esta fecha se consolidó un acontecimiento memorable que afectó positivamente a la sociedad, las familias y todos los países del planeta.

Ecuador se convirtió en el primer país de América Latina en aprobar la Convención de los Derechos del Niño de 1989, vale la pena destacar que ya contaba con un código de protección infantil en 1976, el cual era bastante avanzado en comparación con otros códigos similares en América Latina en esa época. En 1992, este código de menores fue revisado después de un proceso de consulta pública. No obstante, no fue sino hasta 2003 que se reconoció plenamente la importancia de los derechos de los niños al renombrar el código como "Código de la Niñez y Adolescencia".

En la Constitución de 1998 dentro de su articulado inserta el principio del interés superior del niño y lo reconocía como un principio rector de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Constitución actual de Ecuador (2008), representa un cambio significativo en cuanto a los derechos y las protecciones otorgadas a los niños y adolescentes. Esta Constitución establece disposiciones fundamentales que los protegen, y deja claro que tanto el Estado, la sociedad y la familia tienen el papel de promotores y responsables principales en lo que respecta al desarrollo personal de estos individuos, como señala el artículo 44:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

La sociedad, las familias y el Estado tienen la obligación imperativa de garantizar el pleno desarrollo y la realización de los derechos de los niños y adolescentes, priorizando estos derechos sobre cualquier otro interés. El artículo anteriormente mencionado insta a crear un entorno que facilite el desarrollo físico, social, psicológico y familiar de los niños y adolescentes, lo que subraya la importancia que se otorga en

la actualidad a la protección y el bienestar de los niños, así como la responsabilidad de la sociedad hacia ellos.

Es importante destacar que, al vincular dos normativas, la Constitución de la República (2008) y el Código de la Niñez y Adolescencia, se puede observar que, aunque la Constitución es el marco legal más relevante en Ecuador, no proporciona una descripción detallada de la esencia y el significado del principio del interés superior del niño en sus directrices. Sin embargo, la legislación ecuatoriana ha optado por ampliar este concepto en el Código (2003), específicamente en su artículo 11, inciso 1, donde se establece lo siguiente:

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

El principio del interés superior del niño es la primera disposición legal, tanto a nivel nacional como internacional, que busca proteger y asegurar los derechos que permiten que los menores actúen con libertad en comparación con situaciones previas. Este principio debe ser considerado fundamental al tomar decisiones que tengan un impacto directo en el niño, según lo expresa Moreno (2020) “sí una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.” (p.28)

Corresponsabilidad parental

La corresponsabilidad parental es un concepto que se refiere a la colaboración y participación conjunta de ambos padres en la crianza y el cuidado de sus hijos, incluso después de una separación o divorcio. Implica que ambos progenitores comparten responsabilidades y derechos en lo que respecta al bienestar y el desarrollo de sus hijos.

Vale destacar la importancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), en lo que respecta a la igualdad de género y la responsabilidad compartida en la crianza de los hijos. La Convención es un

tratado internacional que ha sido fundamental para promover los derechos de las mujeres y combatir la discriminación de género en todo el mundo.

En su preámbulo y en varios de sus artículos, reconoce la importancia de la igualdad de género en la familia y en la crianza de los hijos, subraya que tanto los padres como las madres tienen roles y responsabilidades en la familia y en la educación de los hijos. Además, destaca que la educación de los niños requiere la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, así como la participación de la sociedad en su conjunto.

Este enfoque promovido por la Convención es coherente con la idea de la corresponsabilidad parental que mencionamos anteriormente, donde se reconoce que tanto los padres como las madres tienen un papel esencial en la vida de sus hijos y que la crianza debe ser compartida de manera equitativa y ha influido en las políticas y legislaciones de muchos países, incluida la de Ecuador, para promover la igualdad de género y la participación activa de los padres en la crianza de sus hijos, lo que contribuye al bienestar de las familias y al desarrollo de sociedades más igualitarias.

La doctrina legal ha estado prestando cada vez más atención al principio de la corresponsabilidad parental en los últimos tiempos, y esto se debe en parte a que se reconoce que padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo cada vez más responsabilidades y ámbitos que históricamente habían sido considerados como exclusivos de uno u otro género.

Este cambio en la dinámica de género es una respuesta a las transformaciones sociales y culturales que han tenido lugar en muchas sociedades en las últimas décadas. Las mujeres han ingresado al mercado laboral en mayor número, lo que ha llevado a una redistribución de roles en la familia. A medida que las responsabilidades domésticas y de crianza se comparten más equitativamente entre los padres, surge la necesidad de reconocer legalmente y promover esta corresponsabilidad parental.

Al analizar y promover estos cambios, proporciona argumentos sólidos y bases teóricas para respaldar la implementación de políticas y leyes que promuevan la igualdad de género y la corresponsabilidad parental, lo cual no solo beneficia a las familias al permitir una distribución más equitativa de las responsabilidades, sino que también contribuye a una sociedad más igualitaria en general.

La noción de corresponsabilidad parental es una forma de entender cómo se ejerce la responsabilidad parental, y en términos simples, implica la distribución equitativa de los derechos y deberes entre los padres en relación con sus hijos, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

Cuando los padres viven juntos, esta responsabilidad se manifiesta a través de acuerdos implícitos; sin embargo, cuando se separan, la forma en que se ejercen ciertos derechos, deberes o facultades puede cambiar, pero ambos padres siguen siendo responsables de manera igual y conjunta.

Es importante destacar que el principio de corresponsabilidad parental juega un papel fundamental en la modelación de las conductas de los padres en relación con el cuidado personal de sus hijos, especialmente en el caso de aquellos padres que se encuentran separados, según Acuña (2013):

La centralidad de la corresponsabilidad es la asunción de la responsabilidad común y la consecuente participación en la crianza y educación de los hijos. En consecuencia, si los padres se encuentran separados, no solo mantiene estas funciones o deberes aquel que asume el cuidado personal, sino también aquel que no lo tiene y habrá de arbitrarse los medios para que pueda concretarse. 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. (p.21-59)

Este enfoque busca promover una participación activa y equitativa de ambos padres en la vida de sus hijos, incluso después de una separación, con el objetivo de garantizar el bienestar de los niños y adolescentes y mantener una relación significativa con ambos progenitores.

Tenencia, objeto y características

La tenencia, en el contexto de la crianza de los hijos se refiere al derecho y la responsabilidad de tener la custodia física de un niño o adolescente, se trata de la

decisión legal sobre con qué padre o cuidador vivirá el niño de manera regular, especialmente en casos de separación o divorcio de los padres, Cedeño (2022) conceptualiza la tenencia como:

La tenencia, guo custodia, responsabilidad de crianza, responsabilidad parental, son las diversas nominaciones que se le ha otorgado en diversos países al atributo de la patria potestad que implica la participación activa, directa y personal en la crianza de los hijos; implica el contacto directo, la convivencia con los hijos. (p.10)

Por esta razón, en lo que concierne al cuidado de los niños, es crucial reconocer que la tenencia de los menores de edad es un asunto delicado que puede dar lugar a disputas y, por lo tanto, es esencial implementar medidas que protejan los derechos del niño y eviten perjudicar su bienestar. En la legislación de Ecuador, no se proporciona una definición precisa de la custodia ni se especifican los contenidos, las partes involucradas ni el alcance. Sin embargo, estos aspectos pueden ser inferidos a partir de lo que se estipula en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia (2016) más sin embargo, Aguilar (2009) opina que:

La tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo. (p.192)

Por otra parte, para Vela (2021):

La Tenencia es un derecho bilateral que corresponde a los padres a vivir con sus hijos, y a los hijos vivir con sus padres, ya que está estrechamente relacionada a la convivencia diaria o vida en común que comparten los padres e hijos. (p.8)

La tenencia es el conjunto de obligaciones y derechos que se le otorga a un progenitor sobre sus hijos con la mera finalidad de cubrir las necesidades que permitan al niño o niña mantenerse y desarrollarse en un ambiente emocionalmente estable y

saludable, cumpliendo deberes y responsabilidades en el entorno de niño o niña, para el tratadista Fernández (2017)

La tenencia es un atributo derivado de la patria potestad, pero no es una facultad exclusiva de los progenitores, sino una facultad en función de lograr el desarrollo de la personalidad de los hijos. Además, quien goza de la patria potestad, está legitimado para ejercer la tenencia, aunque surjan casos especiales como la separación de cuerpos o divorcio, en que uno de los padres se queda con el cuidado inmediato del hijo. (p.229)

Es considerada el deber y derecho que tiene un progenitor sobre su hijo o hija con quien mantendrá una relación inmediata y presencia de convivencia asumiendo su cuidado y protección, garantizando el interés superior del niño o niña, esta se da de dos maneras, la primera de manera voluntaria donde los progenitores se pone de común acuerdo sobre la situación del hijo o hija y la segunda es cuando hay una discrepancia sobre el cuidado de los hijos, es segunda opción se maneja vía judicial en la cual un operador de justicia es el encargado en conferir la tenencia al progenitor que vele el interés superior del niño, con ayuda del equipo técnico quienes aportaran sobre la situación del niño o la niña, su entorno social y económico en el cual se están desarrollando todo esto con la finalidad de resguardar los derechos de los progenitores y de los hijos.

En relación al autor García (2020), la tenencia es la situación legal por medio de la cual en caso de divorcio o separación matrimonial, ambos padres comparte simultáneamente la custodia legal de sus hijos, hijas y adolescentes de acuerdo a las mismas condiciones y derechos sobre ellos, pero en la actualidad este tipo de tenencia han originado que los conflictos de los progenitores aumente en un mayor número de juicios litigiosos en las diferentes Unidades Judiciales, por lo que de acuerdo a las investigaciones realizadas han dado lugar a un aumento de conflictos que existen con relación a la tenencia de menores, estos procesos litigiosos afectan en gran medida el

interés superior del niño, entre una series de problemas de los padres que infringen los derechos Constitucionales previstos en la Constitución de la República del Ecuador.

Con respecto al objeto de la tenencia, esta es la búsqueda más adecuada para el niño o niña de la convivencia con un progenitor quien se encuentre en las mejores condiciones para precautelar su integridad y dotarle de un ambiente sano que sirva para su evolución ecuánime en un entorno familiar llevadero, al respecto Barrera (2015) señala:

El objeto principal de la Tenencia es precautelar el bienestar del niño, niña y adolescente encargándole su cuidado a uno de los padres o a una tercera persona que puede garantizarle protección en un ambiente adecuado que ayude a un desarrollo integral del menor. (p.35)

La tenencia de una responsabilidad dispuesta a un progenitor para que se preocupe y vele sobre el cuidado del menor como jefes de hogar como explica Henríquez (2018), “la tenencia es la responsabilidad que el juez dispone a uno de los padres para que cuide y crie de su hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad.” (p. 25)

Tiene por objeto la tenencia cubrir las necesidades básica de los hijos por parte de los progenitores juntos o por separados dependiendo la situación en la que se encuentren, de manera con junta cuando conviven los progenitores formando un núcleo familiar y por separado cuando sus padres se han terminado la unión de hecho, divorciado u concebidos fueras del matrimonio, ahí radica eventos voluntarios por la tenencia y controvertidos cuando un juez de familia es quien se encarga de resolver quien es más acto para obtener la responsabilidad sobre el cuidado de sus hijos.

Es importante destacar las características de la tenencia, según los autores Murillo & Vázquez, (2020) la tenencia se considera un derecho personalísimo de manera que este derecho solo lo pueden solicitar el padre o la madre del niño o niña. Es por ello por lo que los parientes como tíos, hermanos, abuelos u otras personas que no tengan la calidad de progenitor no pueden exigir vía judicial, también se le da importancia al derecho

restringido puesto que solo se da en los hijos menores de edad que legalmente son considerados incapaces y requieren el cuidado de al menos un progenitor. Asimismo, se determina por ser un derecho divisible ya que los padres de común acuerdo podrán determinar el tiempo que comparten con el hijo o hija.

La tenencia tiene carácter provisional no es un derecho inamovible ni absoluto, ya que mediante la administración de justicia transfiere al progenitor que este acto en beneficio del interés superior del niño o niña.

La tenencia en breve se puede clasificar según el criterio de los autores Murillo & Vázquez (2020) los cuales indican que las clases de tenencia es uniparental cuando un progenitor se encuentra al cuidado de la niña o niño y pluriparental es la tenencia compartida de los progenitores en función del cuidado y protección del niño o niña, de manera relacionada a su convivencia, esta implica dividir corresponsabilidades parentales.

En general se destaca que, la tenencia debe darse bajo condiciones de igualdad, garantizando un desarrollo integral, asimismo, se debe considerar los derechos y los intereses superiores de los niños y niñas proporcionándoles un ambiente sano y estable tanto física como emocionalmente, en lo que respecta al objeto de la tenencia, este engloba la búsqueda del bienestar integral de los niños , niñas y adolescentes, es decir se precautela que su crianza y cuidado cumpla con las mejores condiciones posibles haciendo hincapié en su integridad y dignidad, sin dejar de lado, el cumplimiento de las necesidades básicas, por otro lado, se pone de manifiesto que una de las características principales es que solo el padre o la madre del niño, niña o adolescente es quien puede solicitar la tenencia ya que es considerada como un derecho personal, con carácter provisional

CAPÍTULO II

ESTUDIO DE CASO

Temática para abordar.

En esta sentencia se aborda la demanda de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia contra los artículos 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, en la cual la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad tal como que la patria potestad de los menores de doce años se confiará a la madre y se dará preferencia a la madre, siempre y cuando no perjudique el interés superior del hijo o hija.

Con el análisis de la sentencia 28-15-IN/21 se determina la vulneración del derecho constitucional a la igualdad en lo contemplado en el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. Antecediendo que un grupo de ciudadanos presentó el 01 de abril del 2015 una demanda de Acción Pública de Inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, por considerar que la norma mencionada contenía criterios incongruentes y violatorios con la Constitución de la República del Ecuador, el cual se resuelve mediante causa 25-15-IN y sentencia 28-15-IN/21, debidamente publicada en la página oficial de la Corte Constitucional. www.corteconstitucional.gob.ec.

Puntualizaciones metodológicas.

Para la elaboración del análisis de la sentencia 28-15-IN/21 dentro presente trabajo investigativo se utilizó la triangulación de los métodos científicos como el analítico – sintético, que consistió en la revisión de la sentencia antes mencionada y la revisión de leyes concordantes que fundamenta un marco normativo vigente, mediante su metodología permitió examinar las características relevantes en la sentencia estudiada, del mismo modo se esgrimo mediante el método deductivo el mismo que permitió la

segregación, la razones, causas y hechos que ocasionaron llegar a la sentencia pronunciada.

Antecedentes del caso concreto.

Con fecha 1 de abril de 2015 se presentó una demanda de acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, expedido por el Congreso Nacional el 3 de enero de 2003 por los accionantes Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, por considerar que dicha norma es contienen lineamientos incompatibles a la Constitución de la República del Ecuador.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la demanda de acción pública de inconstitucionalidad con fecha el 28 de abril de 2015 y se otorgó el término de quince días para que la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado se pronuncien el contenido de la demanda.

Como director nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado Marcos Arteaga Valenzuela con fecha 2 de junio de 2015 presentó descargos sobre la acción propuesta del mismo modo el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y delegado del Presidente de la República Alexis Mera Giler, con fecha 2 de junio de 2015 presentó sus excusas sobre la acción propuesta.

La organización “Coparentalidad Ecuador” representada por Henry Santiago Villarreal Revelo, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez con fecha 16 de diciembre de 2016 se presentó un escrito en el que exponen que el interés como organización radica que en caso de separación o divorcio los padres puedan mantener contacto con sus hijos basado en acuerdo igualitario de derechos y obligaciones.

En aquel momento el juez constitucional Alfredo Ruiz Guzmán mediante providencia de 25 de enero de 2017 convocó a audiencia el 9 de febrero de 2017, donde

las partes intervinieron: Farith Simon Campaña, en calidad de director de la clínica jurídica de la Universidad San Francisco de Quito; Erick Pineda, por parte de la Presidencia de la República; Francis Abad, a nombre de la Asamblea Nacional; y, Jenny Veintimilla Endara por parte de la Procuraduría General del Estado, además, intervinieron Henry Santiago Villareal, como miembro de la organización “Coparentalidad Ecuador”, en conjunto con sus abogados, Fabián Hernández y Santiago Palacios Cisneros como *animus curiae*.

En el año 2017, Santiago Palacios Cisneros se presentó como un *amicus curiae* argumentando que en varios países existe amplia jurisprudencia vinculante que regula la normativa de tenencia compartida que reconoce al hombre y a la mujer con las mismas condiciones para el cuidado de los hijos, de la misma forma el Ecuador ha suscrito y ratificado convenios sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sin embargo el Artículo 106 del CONA no estaría cumpliendo dicho convenio.

Ante el Pleno de la Asamblea Nacional se posesionaron los jueces constitucionales que conformaron la Corte Constitucional con fecha 5 de febrero de 2019 y mediante sorteo realizado con fecha 9 de julio de 2019, se designó al juez constitucional Enrique Herrería Bonnet para la continuación del trámite de esta causa, el mismo que avocó conocimiento el 21 de julio de 2021.

El 23 de agosto de 2019 Serginho Paolo Vega López, presenta un escrito en el cual hace mención lo siguiente: se debe aplicar control convencional ya que la norma impugnada es contradictoria con la igualdad formal y considera que es necesario implementar la custodia compartida.

Más adelante con fecha 11 de marzo de 2020, se presentan tres *amici curiae* por separado, por una parte, Vanessa Samantha Morejón Obando aduce que la norma impugnada tiene un trasfondo machista y solicita que se declare la inconstitucionalidad por razones de fondo de la norma impugnada y que se institucionalice la custodia compartida. Por otra parte, Andrea Maru Irigoyen Ponce argumenta que es necesaria

una custodia compartida y que es inconstitucional la custodia monoparental materna establecida en la norma impugnada y por ultimo, Frans Serpa Larrea mediante escrito afirma que en caso de existir algún tipo de preferencia feria ser la tenencia compartida.

Del mismo modo el 17 de junio de 2021, se presentaron amici curiae por parte de Gabriel Borja Etlis; Luis Raúl Puente Villa, en representación de la Asociación ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus Nietos-sede Pichincha; Jaime Borja Padilla; Jorge Paúl Pallares González, en representación de la organización Comprometidos por Nuestros Hijos; Galo Javier Santana Nan, en representación de Coparentalidad Puyo; Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar y Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, en representación de la organización Corresponsabilidad e Igualdad; Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freile Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck, en representación de la Fundación Padres por Justicia. Aducen que la norma viola el instrumento internacional de derechos humanos y viola el principio de supremacía constitucional, es fundamental que se adopten medidas legislativas que permitan garantizar gozar de derecho a la igualdad.

En el 23 de agosto del año 2021, María José Machado Arévalo presentó un amicus curiae, a favor de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, aducen que este está basado en estereotipos de género que básicamente otorgan el cuidado a la madre vulnerando así el interés superior del niño o niña.

En el 27 de agosto del año 2021, María Poema Carrión Sarzosa presentó un amicus curiae, solicitando se rechace la demanda de inconstitucionalidad de la norma, basada en que el mencionado artículo expresa las reglas para confiar la patria potestad a uno de los progenitores, y la primera de ellas, es que se respetará el acuerdo entre los progenitores y que a falta de un acuerdo entre ambos, el numeral 2 establece la preferencia materna, con la salvedad de que ello perjudique a los derechos de la hija o hijo.

El 30 de agosto de 2021, la Corporación de Estudios Decide, representada por Ruth Elizabeth García Alarcón y las voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador representadas por Jenny Alexandra Zambrano Rojas, en calidad de organizaciones de la sociedad civil; y, María Daniela Ayala Álvarez y Sylvia Bonilla Bolaños, en calidad de abogadas en libre ejercicio y especialistas en derecho de familia, género y derechos humanos presentaron un *amicus curiae*, en contra de la demanda de inconstitucionalidad, solicitando que se declare la constitucionalidad de la norma, afirmando que cuya eliminación generaría una regresión en los avances realizados en los derechos de las mujeres considerando que aún no se alcanzado la igualdad de oportunidades y tratos hacia la mujer, en vista de ello afectaría la el derecho a la alimentación y salud de los lactantes, ya que no se ha conseguido una independencia financiera en el género femenino.

El 1 de septiembre de 2021, María Cristina Almeida, en calidad de presidenta de la Fundación Nina Warmi presentó un escrito en el que manifiesta respaldar a los *amicus curiae* presentados a favor de que se mantenga la preferencia materna dentro del Código de Niñez para casos de patria potestad y tenencia en casos de separación o divorcio.

Presentaron un *amicus curiae* el 7 de septiembre de 2021, Carlos Andrés Isch Pérez, el mismo que solicita se niegue la demanda de inconstitucionalidad; aduciendo 7 numerales, en el primero habla que según los indicadores laborales y de pobreza, las mujeres sufren mayor problema para incensarse al ámbito laboral y profesional por tal motivo cuentan con menos ingresos, el segundo numeral aduce la discriminación que el hecho de ser madre trae perjuicio en el ámbito laboral, el tercero y cuarto en base a una estructura y una distribución desde la pareja, tomando en cuenta que es la mujer quien se sacrifica a favor del hogar y del crecimiento del hombre. El quinto y sexto se refiere a la parte económica y financiera, acentuando que la mujer tiene dependencia financiera con su pareja, y el séptimo en lo que considera que no se denuncia actos de violencia por parte de la mujer.

El 18 de octubre de 2021, Edison Xavier Bayas Moposita presento un amicus curiae, en el que menciona que tras rupturas parentales los hijos suelen pasar mayor tiempo con la madre, del mismo modo menciona que ser madres y padres es una responsabilidad con igualdad de derechos y obligaciones que esto no debe afectar en el ámbito personal, profesional y familiar. A esto considera que se debe declarar inconstitucional la norma y del mismo modo se ordene la implementación de custodia compartida que garantice la igualdad de condición de los progenitores evitando la vulneración de los derechos de los niños y niñas.

Decisiones de primera y segunda instancia

En este presente caso no existe primera y segunda instancia puesto que al ser una acción de inconstitucionalidad de la norma y en Ecuador cuenta con un control de constitucionalidad de carácter concentrado y el único órgano jurisdiccional para llevar efecto es la Corte Constitucional del Ecuador que mantiene su sede en la ciudad de Quito, así como lo manifiesta el artículo 111 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) y el Artículo 436 de la Constitución del Ecuador (2008).

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

El procedimiento empieza cuando los accionantes Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, el 1 de abril de 2015 presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003, expedido por el Congreso Nacional, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la presente acción pública de inconstitucionalidad con fecha 28 de abril de 2015 y otorga se otorgó el término de quince días para que la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado se pronuncien.

Procuraduría General del Estado y la Presidencia de la República del Ecuador se pronuncia por medio de Marcos Arteaga Valenzuela, director nacional de Patrocinio y

delegado del Procurador General del Estado y Alexis Mera Giler secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y delegado del presidente de la República, con fecha 2 de junio de 2015 se pronuncian sobre la acción propuesta.

La organización Coparentalidad Ecuador por medio de sus miembros Henry Santiago Villarreal Revelo, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez el 16 de diciembre de 2016, presentaron un amicus curiae

El juez constitucional Alfredo Ruiz Guzmán mediante providencia de 25 de enero de 2017, convocó a audiencia el 9 de febrero de 2017 en la misma intervinieron el accionante Farith Simón Campaña, en calidad de director de la clínica jurídica de la Universidad San Francisco de Quito, Erick Pineda en representación de la Presidencia de la República, Francis Abad, a nombre de la Asamblea Nacional; y, Jenny Veintimilla Endara por parte de la Procuraduría General del Estados y Henry Santiago Villarreal miembro de la organización Coparentalidad Ecuador con sus abogados Fabián Hernández y Santiago Palacios Cisneros.

Como accionantes Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia el 1 de abril del año 2015 presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia expedido por el Congreso Nacional el 3 de enero de 2003, fundamenta su criterio que la norma impugnada vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal y en el mismo evento contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, adicionan que la norma impugnada también es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente el artículo 5, número 2 del artículo 14 y artículo 18, norma que se relacionan a las deberes y obligaciones habituales que tienen el padre y la madre con respecto al desarrollo y crianza de los hijos, aduciendo que la norma impugnada esta fuera de la realidad social considerando los ordenamientos jurídicos de Chile, España, Argentina, Uruguay, Perú y Colombia.

Como Asamblea Nacional del Ecuador, envía las actas de primer y segundo debate del CONA, Francis Abad, el 9 de febrero del 2017 en audiencia y en representación poder legislativo asevera que la norma impugnada en base a la costumbre, por ley y por la naturaleza, se justifica y solicita se ratifique la constitucionalidad de la norma aduciendo un vínculo generado por la maternidad y con el fin de prevalecer el interés superior de niños y niñas y en calidad de procurador judicial de la presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador Santiago Salazar Armijos solicita se deseche la demanda considera que la norma busca la tutela adecuada del progenitor en base al principio del interés superior del niño y niña.

La Procuraduría General del Estado por medio del director nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado Marcos Edison Arteaga Valenzuela, hace alegaciones en base al principio de igualdad se encuentra limitado sobre el principio de interés superior del niño contrario a lo mencionado por los accionantes sobre confundir el principio de corresponsabilidad parental y el cuidado personal. Jenny Veintimilla Endara aduce que las normas impugnadas nada tienen que ver con la tenencia que se tratan netamente de la patria potestad y por lo tanto solicita se dicte sentencia moduladora.

Por otra parte, la Presidencia de la Republica por medio de Alexis Giler en calidad de secretario general jurídico mediante informe que se tome en consideración que Código de la niñez y adolescencia fue expedido en el año 2003, siendo un cuerpo normativo anterior a la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, por lo que se allana a la demanda de inconstitucionalidad considerando que se debe precautelar el interés superior del niño y niña, que se considere que por la edad temprana del menor es más acertado confiarlo a la madre y solicita que la Corte Constitucional expida una sentencia moduladora. Por los mismos lineamientos en audiencia, Erick Pineda afirma que la norma impugnada no constituye estereotipos y durante el primer año sustentado en estudios técnicos psicológicos y sociales al igual que mantuvo que la Organización Mundial de la Salud considera que los niños y niñas deben estar a cargo de la madre.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador de fecha 5 de febrero de 2019 el Pleno de la Asamblea Nacional posesionaron a los jueces constitucionales que conforman la actual Corte Constitucional, del mismo modo Enrique Herrería Bonnet fue designó al juez constitucional para la continuación del trámite de esta causa mediante sorteo de fecha 9 de julio de 2019 y quien avocó conocimiento el 21 de julio de 2021.

Los amicus curiae conformados por Henry Santiago Villarreal, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez quienes son miembros de la comunidad de Coparentalidad Ecuador alegan mediante escritos basados en el artículo 12 de la LOGJCC que indican que la corte constitucional juega un papel importante y preponderante en un Estado democrático al fin de garantizar el goce de los derechos, aducen que se debe garantizar el goce de igualdad formal y material en todas la personas, sin distinción alguna que no se fomente lo contrario a la norma.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional del Ecuador, plantea como el primer problema que los accionantes recurren sobre el fondo de la norma que es contraria en cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los niños y niñas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia 2003; El segundo problema se basa netamente a la preferencia materna y sobre el encargo de la tenencia del niño o niña que viola el principio de corresponsabilidad parental, por tal razón la Corte Constitucional procede a analizar la constitucionalidad por el fondo de la norma ya mencionada.

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación con el derecho objeto de análisis.

La Corte Constitucional del Ecuador en busca de darle una solución al problema planteado, escudriña el artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia mediante 5 esferas que son las siguientes;

A) Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad; sobre esta esfera la corte constitucional determina que la demanda de inconstitucionalidad planteada en el caso 24-15-IN se basa exclusivamente a las reglas para obtener la tenencia, enmarcado en los deberes y derechos de los progenitores; fundado en dos ámbitos; el personal y el patrimonial, el primero basa sobre el cuidado y el segundo sobre los deberes y administrar precautelando sus bienes. En el contexto existente debido a un divorcio o separación en el cual el encargo judicial de la tenencia se le atribuye a un progenitor mientras que al otro se le otorga un régimen de visitas.

B) ¿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 niñas, niños y adolescentes; efectivamente la norma impugnada existe distinción entre el hombre y la mujer, dando así un trato diferenciado que supone que la mujer es la más idónea para criar a los hijos, esta no garantiza la autonomía de la mujer, sin dar prioridad al derecho de ser escuchado al niño o niña vulnerando al principio del interés superior del niño.

C) Análisis del principio del interés superior de los niñas, niños y adolescentes?: El interés superior de los niñas, niños y adolescentes tiene prioridad ante otro tipo de interés, es así que se debe evaluar cada caso para establecer cuál de los progenitores es el más apto para el cuidado y protección del niño, por lo tanto se debe tratar con mucha importancia y responsabilidad, es así que es fundamental los derechos de los niños como son a tener una familia que los proteja, los haga sentir seguros y les preste la seguridad necesaria con una estabilidad emocional mediante una convivencia familiar por lo que es esencial ser escuchado en todo momento. Del mismo modo se crea consideraciones adicionales sobre lo relacionado con los parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de las niñas, niños y adolescentes según sea el caso.

D) ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?: La corresponsabilidad parental es el principio basado en los actos tanto del padre como de la madre sobre sus hijos, esto se da en caso de existir un divorcio o separación, los progenitores mantienen deberes y obligaciones de forma igualitaria, equitativa y sin perjuicio para sus hijos. Es así que los accionantes en este caso deducen que la norma impugnada imposibilita que el padre y la madre gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a los hijos.

E) Sobre la violencia vicaria: Lo expuesto sobre lo referente a violencia vicaria, la corte considera que es fundamental para la sentencia estudiada, dadas las circunstancias que tanto mujeres como niños son cada vez más víctimas de este tipo de violencia y tiende a aumentar con la separación de vínculo familiar, varios amicus curiae aducen que la norma impugnada es una materia de blindaje a la mujer evitando todo tipo de violencia de género familiar.

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.

Dentro de lo dispuesto por la Corte Constitucional, lo que se busca en esta demanda es que mediante sentencia se declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la cual ha vulnerado los derechos constitucionales y por consiguiente la Corte mediante un voto concurrente y un voto salvado mediante sentencia se declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, por esta razón se ordena varias disposiciones a la Asamblea Nacional, Consejo de la Judicatura y órganos conexos como la Defensoría Pública y Defensoría del Pueblo que serán analizadas posteriormente, entre las cuales se detallan las siguientes:

- 1.- Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad.
- 2.- Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

3.- Disponer que la Defensoría del Pueblo, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA.

4.- Disponer que la Asamblea Nacional, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia.

5.- Disponer que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia.

6.- Disponer que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia.

7.- Disponer que el Consejo de la Judicatura, efectúe una amplia difusión del contenido de la sentencia.

8.- Disponer que, durante los 12 meses el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional.

Análisis crítico a la sentencia constitucional.

En la sentencia 28-15-IN se analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes y corresponsabilidad parental, dentro del análisis de la Corte Constitucional del Ecuador considera que se primara el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes sobre los intereses de los progenitores.

Tomando como inicio del análisis lo manifestado por la Corte Constitucional de Ecuador mediante sentencia decide con un voto concurrente y un voto salvado declara “la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce

años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 61)

La Corte Constitucional del Ecuador aclara que el análisis de la norma impugnada se trató netamente en la tenencia que es el cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes, sobre la regla de tenencia que era la preferencia materna con su condicionante el interés superior de niños, niñas y adolescentes, recordando que debe primar el interés superior de niños, niñas y adolescencias, del mismo modo la Corte Constitucional aduce que conscientes de una realidad nacional de un país víctimas de violencia por lo que establece parámetros para la evaluación de los niños y niñas menores a 12 años la valoración debe ser caso por caso y primando el interés superior se considerara su derecho a ser escuchado según los deseos y emociones de los niños y niñas, del mismo modo se tomara en cuenta la disponibilidad de un cuidador sensible se garantizara la estabilidad familiar en los niños y niñas.

Se dispone a las diferentes entidades:

Que la Defensoría del Pueblo coordinando con las organizaciones sociales y distintos organismos, el plazo máximo de 90 días contados a partir de la notificación de la sentencia elabore un informe que sea discutido en la Asamblea Nacional, el mismo que permita entregar la tenencia del niño o niña a su progenitor más actos mediante la consideración de parámetros.

A la Asamblea Nacional continúe el debate del Proyecto del Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, en lo relacionado al encargo de la tenencia quien deberá informar de manera trimestral acerca del avance y el cumplimiento a lo dispuesto, empezando en el plazo máximo de 12 meses contados desde la entrega formal del informe por parte de la Defensoría del Pueblo.

A la Defensoría del Pueblo y Consejo de la judicatura que en un plazo de 6 meses se elabore un plan de capacitación de forma presencial o virtual dirigida a funcionarios judiciales quienes resuelven casos relacionados a niñez y adolescencia sobre temas de

estereotipos de género y la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, si protocolo facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.

A las Defensorías del Pueblo y Pública elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características que se brinda en materia de niñez y adolescencia para justificar el cumplimiento deben remitir la constancia del plan en un plazo de 8 meses contados desde la notificación,

Al Consejo de la Judicatura difunda de manera amplia el contenido de la sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados en un término máximo de 10 días desde su notificación y dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto se deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte Nacional del Ecuador. También deberá publicar el contenido de la sentencia en su sitio web institucional en su banner principal durante los 12 meses siguientes a la notificación de la sentencia y remitir la constancia de su cumplimiento sobre la publicación en un término de 10 días contados desde la notificación.

Es históricamente trascendental la Sentencia No. 28-15-IN/21, la misma que en el Estado ecuatoriano marcara un nuevo lineamiento en el derecho de familia y es uno de los más importantes avances jurídicos en los últimos años en materia de niñez, al igual que en los derechos de los niños y niñas, es menester efectuar un análisis minucioso enfocado en los puntos congruentes en las posturas de la Corte Constitucional. Esto tiene la finalidad que el niño o niña alcance la mejor situación familiar, basada en los deberes derechos, bienestar y obligaciones, permaneciendo con el progenitor que esté acorde con las condiciones óptimas para el cuidado y crianza de los hijos o hijas y su verdadero interés superior.

Cabe recalcar que el juez Ramiro Ávila Santamaría, razonó su voto concurrente, respecto de: 1) la discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna; 2)

la discriminación contra la mujer y el derecho transformador, 3) las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer, 4) los riesgos y los efectos de declaratoria de inconstitucionalidad; 5) el rol de cuidado no es dado, se aprende, 5) el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado.

Las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en su voto salvado conjunto, disintieron con la decisión adoptada en la sentencia de mayoría, por considerar que en ella no se tomó en cuenta los casos de violencia contra la mujer y la familia, ni se resolvió en función de las medidas de acción afirmativa de las madres y sus hijos.

a) Importancia del caso en relación con el estudio constitucional ecuatoriano.

Cabe mencionar que, encontrándonos en un Estado constitucional de derechos, es menester señalar que se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, del mismo modo el derecho del interés superior del niño, las cuestiones son múltiples al momento de señalar una tenencia con preferencia a la madre, teniendo en cuenta que ambos padres se encuentra en igual condiciones, esta preferencia evita que los hijos compartan con sus progenitores de manera equitativa.

La parte importante es lograr un equilibrio en el entorno familiar para la evolución continua del niño y niña, considerando que se debe proteger desde la familia, motivo por el cual la tenencia siempre busca el precautelar el derecho, deberes, obligaciones y cuidado de niño y niña sin afectar su cotidiano desenvolvimiento familiar, considerando que en la actualidad ambos progenitores trabajan y muchas veces dejan a los hijos al cuidado de otros familiares.

Se comprueba que es necesario contar con una normativa que nos permita proteger y regular en todo ámbito del interés superior del niño y niña, del mismo modo al compartir la tenencia, ejerzan el derecho de padres e hijos a una familia compartiendo tiempo de calidad junto a sus hijos que son parte de un episodio de separación.

b) Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional.

Acerca de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en referencia a los 5 acápite siguientes:

1.- Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad.

Los legitimados activos emiten argumentos dirigidos a la regla de la tenencia, en vista de lo fundamentando por los amicus curiae y por las partes participantes de la audiencia se delimita el alcance de la demanda y la naturaleza de la norma se analiza lo contemplado en el código civil sobre la figura referida, la corte constitucional referente a la patria potestad expresa que existen dos ámbitos: el personal y el patrimonial, del mismo modo hace alusión que en concordancia con lo establecido por el Código Civil, tanto el padre como la madre de manera conjunta deben velar por el interés superior del niño, así también como sus deberes, derechos y obligaciones, más aun en etapa de separación o divorcio, considere que esta última genera un vínculo parento-filial que es la relación jurídica directa entre padres e hijos y que no depende la exclusiva unión de los progenitores.

Sobre la corresponsabilidad parental, la corte constitucional considera que no debe ser confundida con la tenencia compartida, la corresponsabilidad parental se debe considerar al padre y a la madre como socios parentales pues son los que van velar sobre los deberes y derechos de sus hijos. La corresponsabilidad parental es un elemento de la coparentalidad, estas pueden ser ejercidas de manera individual.

2.- ¿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?

Tomando en consideración que el derecho a la igualdad abarca una protección de un sinnúmero de actos arbitrarios, en los que se practican discriminación que atenta con la dignidad humana, en cuanto a la proporcionalidad de lo establecido la regla de

la preferencia materna no guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción del derecho a la igualdad.

Por este sentido la norma no supera el test de igualdad, puesto que la norma impugnada se opone a la igualdad formal y material ya que existe una desventaja para que se entregue la tenencia, dados los caso se perpetua a que exista violencia de género o familiar, ya que el padre se dedica a demostrar que la no es acta para el encargo de la tenencia, cuando la realidad debería ser diferente el padre debería demostrar ser el más idóneo para el cuidado, esto con lleva a una pugna entre progenitores olvidando de lo primordial el interés superior del niño que se encontraría limitado, por lo tanto la norma referida promueve estereotipos y resistencia a las costumbres de roles de género donde la mujer debe criar al hijo y el hombre es quien provee, afectando la corresponsabilidad.

3.-Análisis del principio del interés superior de los NNA.

Es primordial entender que en caso de conflictos de derechos, los derechos que prevalecerán son los derechos de los niños sobre los derechos de los progenitores, por lo tanto debe considerarse que el encargo de la tenencia se debe evaluar caso por caso y los jueces tienen la obligación de inmunizar y proteger, de forma efectiva y sin excepciones, el interés superior del niño, es por ello que la tenencia no se debe basar en estereotipos como el sexo de los progenitores y el costumbrismo de una sociedad patriarcal. Por tal motivo y buscando el interés superior del niño este debe ser escuchado, según Barragán (2019) el derecho del niño a ser escuchado tiene tres dimensiones esenciales: como una obligación, como una necesidad y como un resultado. Cuando se trata de una obligación, implica que se debe prestar atención a la opinión del niño de manera significativa, más allá de cumplir simplemente con una formalidad legal, en cuanto a la dimensión de necesidad, implica que el proceso debe ser práctico, objetivo y efectivo y, en términos del resultado, permitir que los niños sean escuchados contribuye a fortalecer las relaciones entre padres e hijos, es muy importante su opinión y esta se verá exenta de cualquier tipo de preferencia que lesiones y actúe arbitrariamente en contra de los legítimos intereses del sujeto protegido quien es el niño.

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

Tomando en consideración el principio de corresponsabilidad parental que se encuentra enarcado en la acción de cuidado tanto del padre como de la madre con respecto a sus hijos. Tómese en cuenta que en caso de separación o divorcios de manera equitativa el padre y la madre asumen la corresponsabilidad parental tomando las mejores decisiones de manera conjunta considerando el interés superior del niño.

El interés superior del niño se encuentra estrechamente ligada con la corresponsabilidad parental, ya que ambas figuras jurídicas buscan el bienestar del niño, en el supuesto que es beneficioso conservar una relación de padres independientemente de la separación o divorcio. Es decir que la responsabilidad compartida entre progenitores está encaminada en el bienestar de los hijos sin vulnerar sus derechos y como primordial el principio del interés superior del niño, el preferir por disposición normativa a uno de ellos excluye al otro, lesiona frontalmente la corresponsabilidad parental.

5.- Sobre la violencia vicaria.

Considérese que al presentarse separaciones o divorcios es el principio de un cumulo de crisis familiar que afecta la convivencia de una u otra manera; más aún cuando existen hijos menores de 12 años, por lo expuesto considerar el encargo de la tenencia a uno de los progenitores es importante determinar medidas que sirvan para descartar todo tipo de violencia en incluida la vicaría.

La Corte Constitucional expone que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano este tipo de violencia no ha sido tipificado; sin embargo existe doctrina en la cual contempla que es considerada la violencia de genero más extrema, se podría conceptualizar como violencia vicaria de genero al hipotético que el varón genera venganza sobre la mujer a través de sus hijos, puesto que en algunos casos el maltratador es quien ejerce violencia de vicaria de genero cuando ejerce su régimen de visitas. Es ineludible que las autoridades jurisdiccionales tomen en consideración cualquier tipo de antecedente de violencia que haya existido para determinar el interés superior del niño, con las necesarias salvaguardas al otorgar el encargo de la tenencia.

Del mismo modo crea consideraciones adicionales sobre lo relacionado con parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los niñas, niños y adolescentes.

Sobre el voto concurrente el Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaría reconoce tener dudas sobre cómo resolver la constitucionalidad de la norma impugnada considerando varios escenarios de discrepancia partiendo del mismo hecho de ser hombre.

Se basa en dos puntos clave, en el primer lugar, la realidad que viven los hogares de los cuales gran parte de los hijos e hijas están bajo el cuidado de la mujer quien mayormente practica el rol del cuidado, en segundo lugar el alto índice de violencia doméstica en los últimos tiempos, el quitarle la preferencia materna podría aumentar el índice de vulnerabilidad.

En base a la violencia doméstica y en casos que utilizan a los hijos o hijas para hacer dalo a la madre concurriendo en violencia vicaria, sin tomar en cuenta lo que acarrea demostrar en un juicio de tenencia a favor del hombre ocasionando y demostrando la desnaturalización de la madre quien se le determinaba que no ejercía su rol, catalogándola como una persona que ejercía prostitución, drogadicta, alcohólica o cualquier otro atributo enmarcado en una sociedad patriarcal.

Sin embargo, cabe recalcar que las disputas sobre la tenencia no se bajan en quien tiene derecho sobre sus hijos o hijas, más bien es quien este acto y comprometido de mejor manera al rol de cuidado. Tomando en cuenta que no solo se trata de atributos de la madre o del padre, si la ley otorgada en estos precedentes otorga la tenencia a uno de los progenitores vulnera el derecho del interés superior del niño, el derecho a ser escuchado.

Considerar a favor de la inconstitucionalidad de la norma, fundamentado que existirán mejores cambios en una sociedad patriarcal y no es cuestión de un solo hecho feminista, sino más bien es combatir el patriarcado que es un problema estructural y

transversal del cual se debe afrontar y vencer, solo así, apostamos a que los hombres ejerzan el rol de cuidado y las mujeres un rol de autonomía.

Por otra parte el voto salvado por parte de las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, analizan que existe falta de argumentación de conexidad, que la norma cuya inconstitucionalidad es impugnada se basa en el contenido en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA que dan referencia expresamente a la institución de la patria potestad, y que esta no se refiere a la tenencia. Esta se encuentra normada en el artículo 118 del CONA. Por lo tanto, consideran que el voto de mayoría inobserva las reglas contenidas en el numeral 9 del artículo 76 de la LOGJCC. Al no correlacionar dichas normas para su análisis respectivo generando un conflicto normativo.

Alcance del objeto de la sentencia No. 28-15-IN/21, para las juezas observan que en los casos de separación o divorcio, se está enfocando netamente en la regla supletoria sobre la preferencia materia, cuando el fondo de la regla se versa en el acuerdo entre progenitores respecto al encargo de la patria potestad o tenencia de los niños y niñas, que como regla general se debe tomar en cuenta el acuerdo abordado entre ambos progenitores sin reconocer preferencial alguna.

Las juezas en el voto salvado opinan acerca de la inobservancia de factores de discriminación estructural donde determinan que esta se vale a factores ideológicos y políticos para materializar la subordinación de bases que forman parte de otro grupo, por lo que los hechos constituyen a la violencia de género y anulación por el solo hecho de ser mujer, se extiende hasta los hijos y muchas veces ocasionando violencia vicaria.

c) Métodos de interpretación.

Bajo este lineamiento, la Corte Constitucional del Ecuador considera que es pertinente la aplicación del test de proporcionalidad de escrutinio estricto en conjunto con el test de igualdad los mismo que permitió determinar que las regalas impugnadas violan el derecho a la igualdad cuando se genera la preferencia materna en base a los

estereotipos regidos por una cultura patriarcal donde preasignados el sexo, si cuantificar que en la actualidad madre y padre están en igual de condiciones y actos para una tenencia no es una medida idónea que permita garantizar la autonomía de la mujer, partiendo de ese paradigma no debe existir discriminación por el sexo en una estado constitucional de derechos y garantías, precautelando un principio de igualdad y a la vez derecho como pilar fundamental de los derechos humanos, además se considera necesario utilizar los métodos que señalan la Ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional que menciona en su apartado 3 numerales 3, 4 y 5 como inventivas de interpretación la ponderación para establecer una relación de preferencia entre los principios y normas; la interpretación evolutiva o dinámica para observar las cambiantes situaciones y no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales, junto a la interpretación sistemática a partir del contexto general del texto normativo.

d) Propuesta personal de solución del caso.

En lo personal considero que al no existir en el Estado ecuatoriano un régimen legal donde establezca la tenencia compartida sugiero que el poder legislativo debe crear un proyecto de ley en el que se incluya la figura de tenencia compartida y la alienación parental con la mera finalidad de prevalecer el interés superior del niño o niña sin vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores, precautelado que la responsabilidad de los progenitores que permite tanto al padre como a la madre ver el desarrollo de sus críos y evita que se vulneren los derechos de niños y niñas en lo relacionado a el derecho a tener una familia.

El Estado Ecuatoriano debe garantizar mediante políticas públicas la maternidad y paternidad responsables en bienestar el interés superior del niño y niña y para lo cual es de interés público que concientizar una tenencia adecuada, con esto se lograra garantizar el ámbito familiar al menos el mismo estilo de vida que mantenían con sus progenitores antes de las rupturas, considerando que el debate de esta figura de tenencia se da por consideración de odio entre exesposos sacando a relucir sus más bajos

instintos e incluso lo hacen por el mero hecho de no pasar la manutención de su hijos considerando que ese valor monetario no sería utilizado en el niño o niña parte de este litigio.

CONCLUSIONES

La realidad ecuatoriana promovía la vulneración del derecho a la igualdad al confirmar la tenencia a favor de la madre, en los casos de los numerales 2 y 4 del art 106 del Código de la Niñez y Adolescencia al preferir a la misma, así existía por disposición legal la discriminación tanto para el padre del niño o niña cuando se consideran netamente proveedores económicamente de las necesidades mientras que a la madre se le impone el cuidado del niño y niña por mero costumbrismo complicando su desempeño en el ámbito laboral.

Los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, eran normas injustificadas, sin fundamento, las mismas que hacían distinción en cuanto al género entre el padre y la madre, basado en estereotipos para la atribución de la patria potestad y tenencia vulnerando el derecho de igualdad y no discriminación al igual que el principio de interés superior del Niño, al declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del código de la Niñez y Adolescencia se precautela el derecho, así como el principio de corresponsabilidad parental entre los progenitores y precautelar el interés superior del niño o niña víctimas de una ruptura familiar.

Consideremos que al declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia por parte de la Corte Constitucional, en cierta forma, se orienta a mitigar el predominio de un género sobre otro, donde se apuesta por el rol de cuidado y responsabilidades compartida de los progenitores, sin denigrar a la mujer o al hombre ser apto para el cuidado y protección. Tomando en cuenta el derecho a interés superior del niño cuando se hace valer su derecho a ser escuchado.

La sentencia N.º 28-15-IN/21 constituye un valioso instrumento jurídico vinculante, que ha incidido favorablemente en la práctica del Derecho de Familia en el Ecuador, tendiente a garantizar el principio del interés superior así como la observancia del principio de igualdad y no discriminación, orientado siempre al bienestar integral y holístico de los derechos del niño.

RECOMENDACIONES

Se sugiere que exista una aplicación estricta a los criterios expuestos en la sentencia N.º 28-15-IN/21, de forma que los administradores de justicia garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación de los progenitores, pero sobre todo se garantice los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su interés superior.

Se recomienda que el poder legislativo una vez declarada la inconstitucional la norma establecida en el numeral 4 y 6 del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia, se trabaje en un proyecto de ley para introducir la figura jurídica de la tenencia compartida, observando y teniendo como base los argumentos de la sentencia 28-15-IN/21 por igualdad interés superior y no discriminación. Teniendo en cuenta que el banco de leyes establecidas en el Estado ecuatoriano no se cuenta con la figura de tenencia compartida con la mera finalidad de compartir las responsabilidades, deberes, derechos y obligaciones tanto de progenitores e hijos..

Se recomienda a la Asamblea Nacional la posibilidad de la incorporación de la figura jurídica de la tenencia compartida considerando que el único el único propósito de la tenencia compartida es que los niños y niñas víctimas de una separación de sus padres, enfrenten las afectaciones ocasionadas y los progenitores puedan subsanar y compartir obligaciones responsabilidades sobre el cuidado protección de su integridad emocional y psicológica al igual que promover económicamente gozando de una figura materna y paterna de igual manera, haciendo prevalecer el principio del interés superior del niño y niña.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Santillán, V. K. (2019). *La corresponsabilidad parental y su incidencia en el interés superior de los menores*. Riobamba, Ecuador: Universidad Reginal de los Andes Uniandes. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/9656>
- Aguilar, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *revistas pucp*, 191-197. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>
- Alessio, M. (2005). *DERECHO DE FAMILIA. PATRIA POTESTAD*. Obtenido de APADESHI Asociación de Padres Alejados de sus hijos: http://www.apadeshi.com/la_tenencia_compartida_alessio.htm
- Alexy, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*.
- Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- Asamblea Legislativa de la Republica de Costa Rica, .. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San Jose)*. San José. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Alfaro, Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 544.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (Décima ed.). Madrid, España: Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y. Obtenido de <https://books.google.com.ec/books?id=pAVZEAAAQBAJ&pg=PA70&dq=%22>
- Barragán, G. J. (2019). Escuchar a los menores de edad en los casos de familia: más allá de la obligación. *Revista de Ciencias Jurídicas EXÉGESIS*, 149-156.

- Barrera, V. (2015). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los juicios de tenencia*. Ambato, Ecuador: Universidad Técnica de Ambato. Obtenido de <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/11195>
- Bermeo, F. E., & Pauta, W. H. (2020). *Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad*. Obtenido de Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional,; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7554377>
- Cabascango Romero , M. J. (2017). *El principio constitucional a la igualdad y la preferencia materna en caso de tenencia legal de los hijos*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de los Andes Uniandes. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7507/1/TUAEXCOMAB003-2018.pdf>
- Cabrera Díaz, E. D. (2017). *Revista Colombiana de Bioética*. (U. Surcolombiana, Ed.) doi:<https://doi.org/10.18270/rcb.v12i2.1924>
- Castillo, H. P. (2019). *La corresponsabilidad parental y su incidencia en el interés superior de los menores*. Riobamba: Universidad Regional Autónoma de los Andes Uniandes, extensión Riobamba. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/9656>
- Cedeño, J. (04 de abril de 2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 25. Obtenido de <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3867>
- Convención sobre los derechos del niño*. (1989). Madrid.
- Cunalata, M. (2021). *El debido proceso en la garantía del juzgamiento, observancia del trámite propio de cada procedimiento a partir de la jurisprudencia constitucional: análisis de la sentencia no. 00-18-SEP-CC*. Ambato, Ecuador: Universidad Tecnológica Indoamérica.

- Ecuador, C. C. (2021). *Sentencia No. 28-15-IN/21*. Quito. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-de-prensa/item/1277-caso-nro-28-15-in.html>
- Enríquez, T. (2015). *La tenencia compartida del menor de doce años para precautelar el principio de igualdad establecido en la constitución*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Fernández Espinoza, W. H. (2017). *La alineación parental como causa de variación de la tenencia* (Vols. Vol. 33, N.º. 1,). Perú: Universidad de San Martín de Porres. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6058750>
- Fernández, W. H. (2017). *La alineación parental como causa de variación de la tenencia*. Perú: Universidad de San Martín de Porres. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6058750>
- Freire Guerrero, L. A. (2021). *Derecho de las personas adultas mayores a acceder a una vivienda adecuada y digna. Análisis de sentencia Nro. 344-16-SEP-CC*. Ambato, Ecuador: Universidad Tecnológica Indoamérica.
- Freire, L. (2021). *Derecho de las personas adultas mayores y acceso a una vivienda adecuada y digna*. Ambato: Universidad Tecnológica Indoamérica.
- Galeth, J. D. (2021). *Situación del acogimiento familiar para la protección de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Orellana*. Quito: Universidad Tecnológica Indoamérica. Obtenido de <http://repositorio.uti.edu.ec/handle/123456789/2494>
- García, M. (2020). *Las reglas para la tenencia de los hijos menores de edad cuyos Padres se*. Riobamba, Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo, 2020. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/6330>

- Henríquez, J. (2018). *La tenencia y la presunta transgresión al principio de igualdad*. Guayaquil, Ecuador: Universidad de Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/34486>
- Henríquez, J. (2018). *La tenencia y la presunta transgresión al principio de igualdad*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/34486>
- Morgan, K. (2017). *La custodia compartida del menor después de la*. Guayaquil, Ecuador: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/1635/1/T-ULVR-0676.pdf>
- Murillo, C., & Vázquez, J. (2020). *Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano*. doi:<https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.254>
- París, A. G. (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Peña, M. (2016). *El controvertido síndrome de alienación parental como patología jurídica y sus implicancias en el binomio legal tenencia régimen de visitas en la legislación de familia*. Piura: Universidad de Piura. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3026/DER_101.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Quispe Criollo, C. D. (2022). *Alienación Parental y su relación con la Vulneración del Interés Superior del Niño* (Bachelor's thesis, Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho).
- Ramos, H. (2014). *tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Quito: UCE. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/4143>

- Román, E. (2018). *El derecho a la igualdad del padre en relación con la tenencia de los hijos menores de tres años*. Piura: Universidad Nacional de Piura. Obtenido de <https://repositorio.unp.edu.pe/handle/UNP/1697>
- Salberg, B. (2008). *Los niños no se divorcian*. New York: American Journal of.
- Vela, O. S. (2021). *Desigualdad de derechos entre las madres y los padres sobre la tenencia de. Guayaquil, Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/16435/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-676.pdf>*
- Zaidán, S. M. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5048>