



TEMA:
PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN:
TENENCIA RESPECTO DE LA SENTENCIA 28- 15 CC

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales y de los Juzgados de la República del Ecuador**

Autor/a: ADRIANA ALEXANDRA ANDRANGO ORTEGA
SANDRA GEOVANNA FARINANGO PUJOS

Tutor/a: Msc. CARLOS JULIO CHAGCHA SOLIS

OTAVALO- ECUADOR
2022

UNIVERSIDAD DE OTAVALO
CARRERA DE DERECHO
APROBACIÓN DE TRABAJO FINAL DE GRADO

Otavalo, 21 de octubre del 2022.

Se aprueba el Cd correspondiente al trabajo de grado con el tema: **PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN; TENENCIA RESPECTO DE LA SENTENCIA 28-15 CC**

Correspondiente a las estudiantes:

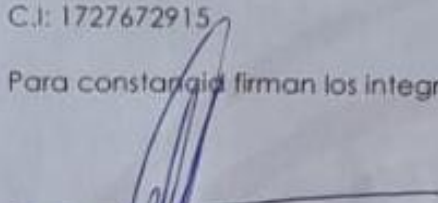
Nombres: ANDRANGO ORTEGA ADRIANA ALEXANDRA

C.I: 1724378573

FARINANGO PUJOS SANDRA GEOVANNA

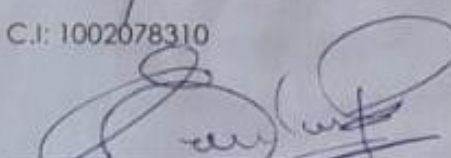
C.I: 1727672915

Para constancia firman los integrantes del tribunal evaluador:


Presidente de Tribunal de Grado

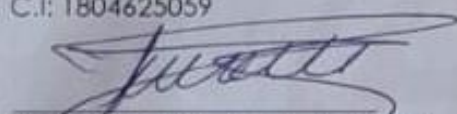
Nombre: MSc. CIFUENETES RUIZ DANNY GILBERTO

C.I: 1002078310


Tutor del trabajo de Grado

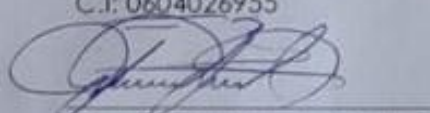
Nombre: MSc. CHAGCHA SOLIS CARLOS JULIO

C.I: 1804625059


Evaluador del trabajo de Grado

Nombre: MSc. MONTENERGRO BENALCÁZAR CAROLINA PATRICIA

C.I: 0604026955


Evaluador del trabajo de Grado

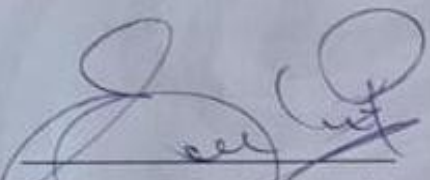
Nombre: MSc. BURBANO BOLAÑOS FRANCISCO XAVIER

C.I: 1003565619

ACTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Fecha: Otavalo, 17 de octubre del 2022

Yo, Carlos Julio Chagcha Solis, en mi carácter de tutor del trabajo de titulación: "**PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: TENENCIA RESPECTO DE LA SENTENCIA 28 - 15 CC**", realizado por las estudiantes: Andrango Ortega Alexandra Adriana y Farinango Pujos Sandra Geovanna titulares de la cédula de ciudadanía 1724378573 y 1727672915 respectivamente, declaramos mediante la presente, que el referido trabajo de titulación cumple con las condiciones mínimas requeridas para ser sometido a su evaluación.



Tutor: Msc. Carlos Chagcha Solis

C.C. 180462505-9

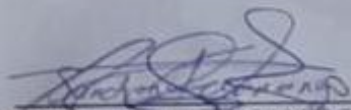
ACTA DE DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Fecha: Otavalo, 17 de octubre del 2022

Nosotras, Andrango Ortega Alexandra Adriana y Farinango Pujos Sandra Geovanna, declaramos que el trabajo de titulación **"PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: TENENCIA RESPECTO DE LA SENTENCIA 28 – 15 CC"**, es de nuestra total autoría y no ha sido presentado previamente para grado alguno o calificación profesional. La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, exclusivos de reproducción, comunicación, distribución y divulgación total o parcial de esta obra, siempre que no se realice con fines de beneficio económico. Igualmente, declaramos que, en caso de presentarse algún reclamo de terceros sobre derechos de autoría de esta obra, asumiremos toda responsabilidad legal frente a la Universidad y terceros.



Estudiante: ANDRANGO ORTEGA ALEXANDRA ADRIANA
C.C. 1724378573



Estudiante: FARINANGO PUJOS SANDRA GEOVANNA
C.C. 172767291-5

INFORME DEL RESUMEN ANTI PLAGIO

Document Information

Analyzed document	ANDRANGO-Y-FARINANGO TESIS 12 DE SEPTIEMBRE (1).docx (D144009908)
Submitted	9/13/2022 3:31:00 PM
Submitted by	Carlos Chagcha
Submitter email	cchagcha@uotavalo.edu.ec
Similarity	9%
Analysis address	cchagcha.otavalo@analysis.arkund.com

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a la Universidad de Otavalo en general, en especial a todos los docentes quienes, a través de estos años de educación, gracias a sus conocimientos impartidos en clases, han logrado que este anhelado sueño se convierta en una realidad.

DEDICATORIAS

Nuestro trabajo de titulación lo dedicamos de manera muy emotiva a nuestros padres, quienes han sido un apoyo incondicional durante todos estos años. Lo dedicamos a todas aquellas personas que en estos años de estudio nos han apoyado y brindado su ayuda para que nuestro anhelo de ser profesionales se haya cumplido.

Gracias a todos ustedes.

ÍNDICE

ACTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN. ¡Error! Marcador no definido.	
ACTA DE DECLARACIÓN DE AUTORÍA..... ¡Error! Marcador no definido.	
RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	15
PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	15
1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.2. BASES TEÓRICAS	17
1.2.1. Definición de principios	17
1.2.2. Principio de igualdad y no discriminación.....	18
1.2.2.1. Principio de igualdad formal	20
1.2.2.2. Principio de igualdad material.....	22
1.2.3. Categorías sospechosas	23
1.2.4. Principio del interés superior del niño	25
1.2.5. Principio de corresponsabilidad parental.....	28
1.3. BASES NORMATIVAS	30
1.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).....	30
1.3.2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976).....	31
1.3.3. Constitución de la República del Ecuador (2008).....	31
1.4. BASES JURISPRUDENCIALES	33
1.4.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	33
1.4.1.1. Caso Formenrón e hija VS Argentina.....	33
1.4.1.2. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.....	35
CAPÍTULO II	36



2.1 FINALIDAD DE LA SENTENCIA.....	37
2.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA	38
2.2.1. Interpretación sistemática.....	38
2.2.2. Interpretación extensiva	39
2.2.3. Enfoque de género en la determinación de tenencia de los menores de edad	43
2.2.4. Igualdad de género para la determinación de la tenencia de los menores de edad	46
2.3. Ratio decidendi de la sentencia 28-15-in/21	49
CAPÍTULO III.....	49
CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA TENENCIA	49
3.1. DEFINICIÓN DE TENENCIA	50
3.1.1. Características de la tenencia.....	52
3.2. Definición de patria potestad.....	53
3.3. Diferencia entre tenencia y patria potestad.....	55
3.4. Consideraciones para determinar la tenencia en el derecho comparado	57
3.4.1. Ecuador	57
3.4.2. Perú	58
3.4.3. Chile.....	59
3.5. Concideraciones para determinar la tenencia	61
CONCLUSIONES	62
RECOMENDACIONES	64
Referencias.....	65
Anexos.....	70
1.1. Sentencia 28-15 CC.....	71

RESUMEN

El trabajo de investigación hace un análisis sobre los diferentes elementos y características que configuran el principio de igualdad y no discriminación respecto de la tenencia de los hijos e hijas dependientes, por lo cual, la pregunta fue: ¿El fallo emitido por la sentencia 28-15- CC es suficiente para garantizar el principio de igualdad y no discriminación para la determinación de la tenencia? Por ello, la idea a defender estuvo orientada en determinar que el fallo emitido por la sentencia 28-15 CC, que, si bien es cierto, garantiza el principio de igualdad y no discriminación no es suficiente para la caracterización de la tenencia. El objetivo general fue analizar el principio de igualdad y no discriminación respecto a la tenencia según la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional. La metodología aplicada tiene un enfoque cualitativo, el tipo de investigación fue jurisprudencial en conjunto al método analítico y la técnica utilizada fue la revisión documental. Como conclusión se destaca que el principio de igualdad y no discriminación permite a los padres responder de manera activa y expuesta a las necesidades de sus hijos para un desarrollo integral, sin embargo, existen excepciones naturales para que se le conceda la tenencia preferente de los hijos o hijas a la madre, como en el caso de los niños recién nacidos.

Palabras clave: igualdad, discriminación, tenencia, niños niñas y adolescentes, patria potestad.

ABSTRACT

The research work makes an analysis of the different elements and characteristics that make up the principle of equality and non-discrimination regarding the possession of dependent sons and daughters, for which the question was: Does the ruling issued by sentence 28- 15- CC is sufficient to guarantee the principle of equality and non-discrimination for the determination of tenure? For this reason, the idea to defend was oriented towards determining that the ruling issued by sentence 28-15 CC, which, although true, guarantees the principle of equality and non-discrimination, is not sufficient for the characterization of tenure. The general objective was to analyze the principle of equality and non-discrimination regarding tenure according to sentence 28-15 of the Constitutional Court. The applied methodology has a qualitative approach, the type of research was jurisprudential together with the analytical method and the technique used was documentary review. As a conclusion, it is highlighted that the principle of equality and non-discrimination allows parents to respond actively and exposed to the needs of their children for an integral development, however, there are natural exceptions to be granted preferential custody of children. or daughters to the mother, as in the case of newborn children.

Keywords: equality, discrimination, possession, children and adolescents, parental authority.

INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como plenos sujetos de derechos en los distintos instrumentos internacionales, tal como se evidencia en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), mismos que derechos que se encuentran consagrados en su articulado referente al principio del interés superior del niño. El principio busca que a través de las decisiones judiciales se satisfagan adecuadamente todas las necesidades que lleguen a tener los niños para su íntegro desarrollo.

Así mismo, los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes son reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, y al ser una norma suprema dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce también a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, así como también, establece que sus derechos se encuentran privilegiados sobre los de las demás personas.

En la actualidad, la sociedad evidencia un aumento significativo de divorcios y separaciones entre parejas debido a diversos factores, sin embargo, estas separaciones familiares acarrear graves consecuencias en los niños, niñas y adolescentes dependientes, ya que en la mayoría de casos sus padres se encuentran inmersos en disputas judiciales por la determinación de la tenencia, fijación de pensión alimenticia, régimen de visitas, entre otros; interponiendo intereses particulares del padre o la madre alejados del bienestar y las necesidades de sus hijos o hijas.

Esta compleja situación altera de manera preocupante el ritmo de vida de los hijos dependientes, puesto que en muchos casos su atmósfera de seguridad se relaciona con la confianza hacia sus padres, la unión familiar, misma que de un momento a otro cambia, en la que deberán afrontarse a la dura realidad de ver a sus progenitores separados y mantienen además confrontaciones y litigios relacionados directamente con su bienestar.

Por otra parte, la legislación ecuatoriana reconoce la patria potestad y la tenencia de los hijos, sin que se conceptualice de forma clara estas instituciones jurídicas, cabe mencionar que en la mayoría de los procesos judiciales en los que los progenitores se encuentran en disputa, muchos de los fallos benefician a la madre por su condición de ser mujer; y además, porque históricamente de forma consuetudinaria se ha considerado que la madre es quien se debe encargar del cuidado y educación de los hijos, mientras que el padre se encarga de proveer económicamente al hogar, lo cual, se convierte en un inconveniente ya

que los padres no gozan de igualdad de condiciones al momento de ponderar a quien de los progenitores se otorgará la tenencia.

En tal sentido, es importante el reconocimiento y aplicación del principio de igualdad y no discriminación para determinar la tenencia de los hijos o hijas a los progenitores, es así que, el Ecuador a través de la Corte Constitucional emitió la sentencia signada con el número 28 – 15 – CC donde se declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que se refiere a la preferencia de la madre en el caso que exista falta de acuerdo de los progenitores, y también, se declara inconstitucional el numeral 4 del mismo artículo que se refiere a que si ambos progenitores demuestran igualdad de condiciones, de la misma forma se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; pues a criterio y observancia de la Corte estos numerales violentan el principio de igualdad y no discriminación.

Por otra parte, la justificación de este trabajo de investigación se centra en la necesidad de profundizar el estudio del principio de igualdad y no discriminación con respecto a la tenencia de hijos o hijas dependientes, la limitada distinción jurídica conceptual de la tenencia desde un punto de vista normativo y práctico; desde el punto de vista teórico, la investigación contribuye con aportes investigativos para que a futuro se pueda tratar esta problemática en donde los más perjudicados son los niños, niñas y adolescentes. Además, ayuda a entender doctrinariamente el principio de igualdad y no discriminación en relación a la determinación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, desde el punto de vista práctico, este trabajo de investigación sirve para futuros estudios y aplicación de criterios jurídicos, doctrinales y normativos sobre el principio de igualdad y no discriminación, tenencia y patria potestad.

El problema del trabajo de investigación radica en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la fijación de la tenencia de los hijos; y además, sobre la repercusión que tiene en los niños, niñas y adolescentes; tomando como punto de análisis la resolución emitida en la sentencia 28-15 CC frente a la codificación de las reglas para determinar la tenencia a uno de los progenitores, quedando insuficiente jurídica y normativamente la distinción entre patria potestad y tenencia, así como, las reglas que deberá orientar a la administración de justicia para determinar la tenencia de los menores a alguno de sus progenitores, siendo la pregunta de la investigación: ¿El fallo emitido por la sentencia 28-15- CC es suficiente para garantizar el principio de igualdad y no discriminación para la determinación de la tenencia?. Determinando de este modo, que a través del fallo emitido

en la sentencia 28-15 por la Corte Constitucional se garantiza al principio de igualdad y no discriminación para la determinación de la tenencia a los progenitores, sin embargo, quedan insuficientes las reglas que orienten al juzgador, dentro de los procesos judiciales, fijar la tenencia conforme a su propia caracterización.

En cuanto a los objetivos se establece como objetivo general del presente trabajo de investigación, analizar el principio de igualdad y no discriminación respecto a la tenencia según la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional. Los objetivos específicos son: determinar las bases doctrinales, normativas y jurisprudenciales del principio de igualdad y no discriminación; estudiar el contenido y alcance de la sentencia 28 – 15 – S/N de la Corte Constitucional sobre tenencia e identificar las características jurídicas de la tenencia.

En cuanto a la metodología utilizada en el trabajo de titulación se desarrolla bajo el enfoque cualitativo, además, este trabajo de titulación se fundamenta en una investigación de estudio jurisprudencial, que es entendido como la interpretación de sentencias emitidas por las distintas instancias de producción de jurisprudencia en un determinado contexto. Según Coral (2012) menciona que:

El análisis jurisprudencial es un espacio de reflexión que se da entre un investigador o intérprete frente a un grupo de sentencias emitidas por las altas cortes o instancias menores dentro de la jerarquía de producción de jurisprudencia en determinado contexto judicial. (p. 19)

Por ello, la argumentación que hacen los jueces frente a determinado problema que es propuesto por las investigadoras y frente al cual se busca encontrar respuestas a las variables planteadas en relación con la problemática antes indicada, que permitan de este modo a las autoras deducir conclusiones frente a cómo se está resolviendo un problema en específico por parte de los magistrados.

Por lo tanto, el diseño de la investigación es documental, que se centra en una amplia revisión bibliográfica, normativa, descriptiva y jurisprudencial, modalidad de investigación académica válida para el desarrollo de este estudio. El objetivo principal de esta modalidad es recopilar información existente sobre el tema del principio de igualdad y no discriminación, patria potestad y tenencia. Esta información está disponible en una variedad de fuentes, incluidas revistas, artículos científicos, libros físicos y digitales, archivos y otros artículos académicos.

Además, se utiliza el método analítico el cual es definido como un método de investigación que implica clasificar el todo y dividirlo en partes o elementos para observar sus causas,

naturaleza y efectos. En esta investigación se usó dicho método de investigación para que se analicen los componentes fundamentales del problema. Por esta razón este método sirve para explicar y entender los objetivos a cumplirse en este trabajo. Y, por último, como instrumentos se utiliza la revisión documental y la ficha de caso jurisprudencial referente a la sentencia 28 – 15 – S/N CC.

Por otra parte, el presente trabajo investigativo se encuentra estructurado de la siguiente manera, el mismo que consta de tres capítulos que responde los objetivos planteados en este trabajo, el primer objetivo se relaciona con el marco teórico y así también responde al objetivo específico número I que trata sobre determinar las bases doctrinales, normativas y jurisprudenciales del principio de igualdad y no discriminación, el segundo capítulo por consiguiente responde al objetivo número II sobre identificar el contenido y alcance de la sentencia 28 – 15 – S/N de la Corte Constitucional sobre tenencia y finalmente se encuentra el capítulo III, referente al objetivo específico número tres sobre determinar la característica jurídica de la tenencia. Llegando así a proponer conclusiones y recomendaciones para dar respuesta a los objetivos planteados.

CAPÍTULO I

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El primer capítulo se desarrolla en base al primer objetivo que se refiere a determinar las bases doctrinales, normativas y jurisprudenciales del principio de igualdad y no discriminación, que según varios autores señalan que al principio de igualdad y no discriminación implica que todas las personas son iguales ante la ley y no se les debe tratar con discriminación por ningún motivo. Además, dentro de las bases normativas se lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conjuntamente con la Constitución de la República del Ecuador. En base a la jurisprudencia se tiene en consideración sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

La revisión teórica inicia con la presentación de los antecedentes de investigación en el contexto internacional y nacional, en orden cronológico:

En el ámbito internacional se presenta el trabajo de investigación titulado “Derecho a la educación de niños y niñas colombianos/ as en situación de refugio en Ecuador a partir del principio de igualdad y no discriminación” realizado por Huepa (2008), cuyo objetivo fue lograr condiciones de oportunidad iguales entre niños y niñas colombianos/ as en situación de refugio y niños y niñas ecuatorianos/ as en el derecho a la educación. Cuenta con un tipo descriptivo, enfoque cualitativo; y se concluyó que el derecho a la educación es de obligatorio cumplimiento para todas las personas sin discriminación alguna. El aporte que brinda a esta investigación es la influencia del principio de igualdad y no discriminación y su reconocimiento en el contexto de movilidad humana de niños, niñas y adolescentes.

Así también, se presenta el trabajo de investigación realizado por Ruiz (2018), titulado: “El principio de igualdad entre hombres y mujeres del ámbito público al ámbito jurídico familiar”, cuyo objetivo fue definir, planificar y coordinar la política de igualdad del Gobierno, la metodología que se empleó fue cualitativa apoyada de material bibliográfico, que permitió concluir que existen factores que generan, de forma mayoritaria, las desigualdades entre los hombres y las mujeres. Por lo tanto, la

investigación servirá para complementar los elementos críticos sobre el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito público y su influencia en el entorno jurídico familiar, que involucra la tenencia, patria potestad y la prestación de alimentos.

Por último, se toma en consideración el trabajo realizado por Navarro (2019) mismo que se titula “El principio de igualdad y no discriminación de las trabajadoras migrantes: un factor clave en el estudio de género en la sociedad global”, cuyo objetivo fue proteger a los migrantes, en especial a todos los que por su condición económica, física o mental estén en alguna circunstancia de vulnerabilidad. Cuenta con un estudio de tipo descriptivo, la investigación permitió concluir que existen normas jurídicas que tienen como finalidad alcanzar la igualdad de género en los distintos ámbitos. El presente trabajo de investigación sirve como estudio de factor para el estudio de género en base al principio de igualdad y no discriminación que ayuda con criterios consolidados para el trabajo de investigación.

Dentro del contexto nacional se puede indicar el trabajo realizado por Coloma (2014), titulado: “Principio de igualdad y no discriminación frente a las meretrices como testigos no idóneos”, cuyo objetivo fue diseñar la reforma en el artículo 103 numeral 4 del Código Civil que permita ser testigos a las meretrices en las diligencias previas al matrimonio. Cuenta con un método analítico, histórico y sintético que permitió concluir que el principio a la igualdad y no discriminación es un derecho reconocido tanto en la nueva Constitución del Ecuador como en varios tratados internacionales de derechos humanos a los que nuestro país se encuentra adscrito, obligándose a cumplirlos efectivamente a través de las garantías primarias y secundarias.

De igual forma, se toma el trabajo realizado por Tasigchana (2016), titulado: “El principio de igualdad en el procedimiento de garantías constitucionales”, cuyo objetivo fue determinar la correcta aplicación del derecho a la igualdad por parte del operador jurídico constitucional en el proceso de garantías jurisdiccionales, el método utilizado fue documental. Se concluyó que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, pero, para que esta igualdad sea efectiva, se necesita que los jueces apliquen correctamente el principio de proporcionalidad. El presente estudio fundamenta elementos teóricos, necesarios para el entendimiento del principio de igualdad y no discriminación como una garantía constitucional.

Por último, el trabajo presentado por Villamarín (2020), titulado: “Vulneración del principio de igualdad por discriminación de género, dentro de la realidad jurídica laboral ecuatoriana. Análisis de la sentencia NO. 292-16-SEP-CC, emitida por la corte

constitucional del Ecuador”, cuyo objetivo fue analizar de la sentencia No. 292-16-SEP-CC de la Corte Constitucional, el método que se utilizó fue método deductivo. Este trabajo permitió concluir que al analizar el principio de no discriminación por género dentro de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, la Corte Constitucional considera necesario enfatizar que las categorías como la etnia, el sexo, la nacionalidad, la identidad cultural, estado de salud, solamente se justifican cuando el objeto de las mismas sea la aplicación de medidas afirmativas que tengan como finalidad disminuir las desigualdades existentes, impidiendo que las mismas se perpetúen. Dentro de esta investigación existen algunos elementos como la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en base al género dentro del ámbito jurídico, que contribuye al trabajo de investigación.

1.2. BASES TEÓRICAS

1.2.1. DEFINICIÓN DE PRINCIPIOS

Antes de detallar los principios elementales analizados en la sentencia 28-15 CC y que han de servir para los fundamentos de este trabajo de titulación, es importante entender que los principios son definidos como aquellas normas que tienen relación con los supuestos de hechos abiertos con los que se pueden encontrar una solución jurídica. Según Rodríguez (2013) manifiesta que los principios 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)

Por lo tanto, los principios son normas que ordenan la ejecución de medidas eficaces, de conformidad con las prácticas fácticas y jurídicas, además dentro de la aplicación se busca una similitud para la resolución de las analogías que se presentan en los casos con mayor complejidad. De igual manera, los principios son las normas jurídicas fundamentales indeterminadas, que carecen de una estructura hipotética, y que ofrecen un amplio margen de posibilidades para satisfacer el objeto por el cual fueron creadas.

Según Polo (2018) manifiesta que, “es aquella indeterminación y ambigüedad que conlleva a su aplicación e interpretación que en ocasiones no es tan sencilla, por cuanto las consecuencias jurídicas no están expresamente individualizadas” (p. 227). Por lo tanto, los principios son de suma utilidad para comprender adecuadamente la naturaleza jurídica, características y objeto de las normas, puesto que será su intérprete y ejecutor el que deba

delimitar de la mejor manera su alcance y contenido, en función de las circunstancias que presente cada caso.

1.2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional en análisis hace referencia al principio de igualdad y no discriminación, en la que se señala que dicho principio puede interpretarse de diferentes maneras, por ejemplo, en términos de enfoque de género. Por ende, se debe comprender que el principio de igualdad y no discriminación busca asegurar que todas las personas gocen y ejerzan sus derechos reconocidos en los Instrumentos Internacionales, en la Constitución y los diferentes cuerpos normativos vigentes. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) ha referido que la noción de igualdad:

Se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. (párr. 55)

Por ello, la igualdad es el trato justo e inseparable de la dignidad, es la esencia de las personas que disfrutan de todos los demás derechos reconocidos en los Instrumentos Internacionales y en la Constitución, es decir, que no se deberá discriminar a ninguna persona por ningún motivo, especialmente en razón del sexo, pues se trata de un derecho humano inherente a la dignidad de las personas. La discriminación, por su parte, hace relación a un trato preferencial hacia las personas, según De la Rosa (s.f.) indica que la discriminación “se materializa en una desigualdad de trato que implica una exclusión, restricción o preferencia a una persona o grupo de personas” (p. 38).

Por lo tanto, la discriminación se refiere a una desigualdad basada en criterios no razonables, prejuiciosos y estigmatizadores, que coloca a las personas o grupos de personas en desventaja por su situación o característica por la desigualdad que existe entre estos grupos.

Además, como se dijo ya el principio de igualdad y no discriminación tiene un amplio campo de aplicación e interpretación, es así que Sepúlveda (2014) en el estudio de la igualdad y las diversas formas de discriminación, determina la existencia de la

discriminación indirecta que la define como “aquella medida que sin tener por objeto discriminar, tiene como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos” (p. 23)., por ende, se produce cuando existen disposiciones de criterio o práctica que se plantea a la aplicación de manera neutral para todas las personas que no podrán gozar con libertad de los derechos en condición de igualdad.

De igual forma, según Pérez (2016) señala que:

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. (p. 20)

Por lo tanto, la ley no discrimina a nadie, y todos los seres humanos deben ser tratados de forma igualitaria, ya que se encuentra establecido en los diferentes instrumentos internacionales y reconocido por la Constitución este principio se debe respetar y cumplirlo en todos los sentidos sin que se vulnere ningún derecho de los seres humanos.

De igual manera, la Comisión de los Derechos Humanos de México (2019) manifiesta que la igualdad:

Puede ser entendida como un derecho que tiene toda persona a ser tratado sin distinción, exclusión o restricción cuyo objetivo sea menoscabar el goce o el ejercicio de sus derechos humanos. Esta prerrogativa permite a hombres y mujeres disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad atendiendo a sus circunstancias particulares y evitando todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana. (p. 17)

Por tal motivo, las personas tienen el derecho a ser tratados con igual consideración y respeto a todos, a no recibir un trato discriminatorio por ningún motivo. Por ende, permite a mujeres y hombres gozar de todos los derechos de forma igualitaria y se evita toda forma de discriminación contra la dignidad humana. Además, el principio de igualdad reconoce que todas las personas son iguales en dignidad, en derechos, en oportunidades, ante la ley, en el

trato de su diversidad y de su diferencia.

Así mismo, el principio de igualdad y no discriminación se configura en la igualdad de género entre los progenitores para determinar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, puesto que, ambos progenitores ya sea el padre o la madre, son responsables de la crianza y el desarrollo integral de las menores de edad, es por ello, que se deberá conceder la tenencia a los progenitores sin distinguir el sexo y sin preferencia alguna para su determinación, sino más bien analizando características y elementos propios que permitan satisfacer las necesidades de los hijos o hijas; y así, garantizar su desarrollo integral conforme al principio del interés superior del niño.

Debido a esto, la igualdad de género no necesariamente significa que el padre o la madre no deben ser tratados como idénticos pues existen elementos naturales que los diferencian, sin embargo, bajo el principio de igualdad y no discriminación ambos progenitores gozan de la posibilidad de ser considerados para la determinación de la tenencia de sus hijos. Así mismo, consiste en valorar las diferentes necesidades, aspiraciones y comportamientos de los progenitores en base a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, sin importar si fuese el padre o la madre quien pretenda ejercer su tenencia.

En tal sentido, ninguno de los progenitores tiene que ser excluido o ser considerado preferente en base a la tenencia de los menores de edad, sin embargo, esta distinción de prioridad en beneficio de la madre apertura la teoría sobre las categorías sospechas de discriminación, que se relaciona con las personas que son vulnerables o excluidos de sus derechos y necesitan protección especial en la cual se deberá aplicar de manera adecuada el principio de igualdad y la prohibición a la no discriminación en relación a la búsqueda de la igualdad formal y material entre los progenitores para determinar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

1.2.2.1. Principio de igualdad formal

En base a la sentencia 28-15 de Corte Constitucional también, hace una relación con el principio de igualdad formal, que menciona que todos tienen el mismo trato sin exclusión, por ello, se entiende que este principio de igualdad formal está escrito en todos los Tratados Internacionales, y, además, en la Constitución menciona que es un derecho de las personas que tienen la certeza de ser protegidos por la ley de forma igualitaria de todo tipo de discriminación, según Seco (2017) indica que:

La igualdad formal es, por tanto, la dimensión de la idea de igualdad que más relevancia ha obtenido en los sistemas normativos occidentales. Se identifica,

básicamente, en las sociedades modernas con el principio de igualdad de todos ante la Ley. O lo que es lo mismo, se reconoce a todos los sujetos el mismo estatuto jurídico-político. (p. 63)

Es decir, la igualdad formal está plasmada en la legislación, en el cual se establece que el trato debe ser igual para todas las personas ante la ley, este principio de igualdad es reconocido dentro la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De la misma forma, según Piñas y otros (2019) indican que:

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)

Por ende, la igualdad formal refiere que todos son iguales ante la ley, considerando de este modo un punto de reconocimiento en el cual se logra buscar una igualdad para que las personas o grupos de personas puedan gozar con libertad de todos los derechos humanos reconocidos en las normas supraconstitucionales de manera igualitaria, y que se prohíban tratos discriminatorios o diferenciado a ser injusto. Al mismo tiempo, según Zuleta (2019) establece que:

La igualdad formal, es el principio por el cual el Estado de derechos, delimita la convivencia de la sociedad a través del parámetro de la norma cuyo origen deviene de la evolución de la misma sociedad a través del tiempo. La igualdad formal presupone que cada individuo del Estado, hombre o mujer, será tratado ante la ley de una forma que garantice el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales; por ello, dicha incondicionalidad de la ley debe ser garantizada en todo aspecto en el que se aplique la norma. (p. 7)

En tal sentido, la igualdad formal busca la igualdad entre hombre y mujeres pues tienen que ser tratado de una manera igualitaria ante la ley, para así garantizar el ejercicio y goce de los derechos reconocidos dentro de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales. Por esta razón, la igualdad formal está positivizada en los distintos cuerpos normativos, esto permite que los progenitores puedan tener un trato igualitario para la determinación judicial de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes; ya que ambos son responsables de la crianza, educación y desarrollo integral de los menores de edad. Además, los progenitores tienen la oportunidad de velar por los derechos y

obligaciones de sus hijos e hijas, es por ello, que en las decisiones de la justicia ordinaria sobre los casos que involucran a los menores de edad se deberán tomar de forma conjunta entre los progenitores y velar el principio del interés superior de niño.

1.2.2.2. Principio de igualdad material

La igualdad material, de la misma forma que, la igualdad formal garantiza los derechos para que sean ejercidos por todas las personas en las mismas condiciones, además, los individuos tienen el acceso a las mismas oportunidades. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2015), la igualdad material “implica, por una parte, que las personas no tengan obstáculos que impidan el ejercicio efectivo o el goce de los derechos humanos y, por otra, que puedan ejercer estos derechos en las mismas condiciones que otras personas” (p. 18). Es decir, implica que no se le obstaculice a ninguna persona el goce de sus derechos humanos. Así también, el principio de igualdad material o real suele entenderse como una reinterpretación del principio de igualdad formal en el Estado social de Derecho. De mismo modo, según Piñas y otros (2019) manifiestan 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. (párr. 14)

En efecto, la igualdad material no debe ser simplemente intangible, es necesario que se lo materialice y lo practique de manera procedimental, y sometándose a las mismas reglas del procedimiento para todos los ciudadanos para de esa manera eliminar todo tipo de desigualdad y buscar la igualdad de todos los derechos a las personas. De igual modo, según Castillo (2021) señala 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)

Así, se determina la obligación del Estado de promover, mediante acciones afirmativas, la igualdad material o real en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de desigualdad. La legitimada activa, al encontrarse en una evidente situación de desigualdad debido a su condición de persona discapacitada, merece la protección especial a la que se refiere la Constitución.

1.2.3. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Para la Corte Constitucional las categorías sospechosas son aquellas que se utilizan para "diferenciar" a determinados grupos o individuos vulnerables, que son injustificadas y desproporcionadas, por tal motivo, debe someterse a un escrutinio riguroso especialmente para evaluar su idoneidad o constitucionalidad, por tanto, requiere una mayor justificación en cuanto a su objetividad y razonabilidad. De esta forma, se define a las categorías sospechosas como rasgos de prohibición que perjudican la dignidad humana por medio de un trato diferenciado y que producen desventajas determinadas hacia personas específicas, sin que exista una razón que la justifique. Según Amaya (2016) manifiesta que:

El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, denominados categorías sospechosas de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad. (p. 26)

De tal forma, se determina que todo trato desigual es sometido a una regularización de igualdad para las personas, esto se encuentra establecido en la Constitución, tomando como fundamento que se pueda analizar a profundidad la igualdad, pues existen tratos discriminatorios a los progenitores con relación a su sexo, así como también, para el otorgamiento de la tenencia de sus hijos e hijas. De la misma forma, Según Valdivia (2020) indica que categorías sospechosas son “aquellos criterios sobre los cuales no pueden efectuarse distinciones entre los individuos” (p. 84), es decir, las categorías sospechosas son las prohibiciones de efectuar la distinción de cualquier índole hacia las personas, de tal manera, se presume su inconstitucionalidad porque existe un alto grado de probabilidad de discriminación injusta sobre los individuos. En esa misma línea, según Valdivia (2020) manifiesta que:

La doctrina señala que, en muchas ocasiones, las distinciones sobre la base de categorías sospechosas se fundan en prejuicios, juicios incorrectos sobre la menor valía de un grupo de personas, estereotipos de tipo irracional, simplificaciones de la realidad basadas en errores o generalizaciones exageradas que sirven como indicios para atribuir a una persona roles o rasgos en razón de su pertenencia a cierto grupo social o de la posesión de cierta característica personal. (p. 12)

En otras palabras, las categorías sospechosas se fundamentan en los prejuicios o tratos desiguales que sufren los individuos dependiendo de la discriminación como puede ser por

su color, sexo, etnia o discapacidad, por ellos aparecen las categorías sospechosas para prevenir que exista discriminación hacia las personas. Al igual que, según Torres (2021) indica que:

Al encontrarnos frente a esta distinción, se sospecha que puede ser inconstitucional y, por tanto, violentar el derecho humano a la igualdad jurídica y no discriminación, estas distinciones normativas deben de ser sometidas al test de control estricto de constitucionalidad, para determinar si en la distinción legislativa nos encontramos frente a una discriminación sobre una categoría sospechosa. (p. 1384)

Por tal motivo, en base a la distinción que se establece entre los individuos sospechan que puede existir una acción de inconstitucionalidad al momento que violenten sus derechos humanos, además, se le somete a un control de constitucionalidad porque cuando existe tratos discriminatorios aparecen las categorías sospechosas. Por lo cual estas categorías ayudan a la situación de distinción solo por el sexo entre los progenitores para la obtención de la tenencia de los menores de edad.

Así entonces, las categorías sospechosas son características o atributos personales que no deben utilizarse como norma general para discriminar a las personas y que el ordenamiento jurídico identifica explícitamente como signo de discriminación arbitraria. Su uso no está prohibido por la ley, pero los jueces deben tener un alto grado de confianza en que no se está produciendo ninguna discriminación, por lo cual no es necesario sustituir el test de racionalidad por otro más estricto, ni alterar la carga de la prueba o la presunción de constitucionalidad de la norma. Asimismo, Las categorías sospechosas son sujetas a una mayor protección, por existir una alta probabilidad de discriminación. Utilizar el mismo estándar para todas las diferencias del extenso catálogo reconocido en el artículo 11 numeral 2, generaría una pérdida de relevancia del escrutinio estricto, el cual busca una mayor protección a favor de grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos.

Además, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando la distinción impugnada se apoya en una "categoría sospechosa" debe realizarse un escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, dado que estas estructuras se basan fundamentalmente en perspectivas formales de igualdad, el reconocimiento de una protección especial contra la discriminación por motivos de sexo, raza, religión, etc. se basa, sobre todo, en el supuesto de que se trata de categorías sospechosas son inmutables o que pertenecen a la esfera

intrínseca de la dignidad humana.

1.2.4. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En la sentencia 28-15 CC analizada, el principio interés superior del niño debe evaluarse caso por caso ya que es preferente frente a otros derechos y es necesario la aplicación de este principio a la hora de decidir sobre la tenencia del menor a los progenitores. Por tal motivo, se deberá comprender que el interés superior del niño es un principio de interpretación. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. Según Gonzáles y Castello (2020) manifiesta que:

El interés superior del niño debe entenderse como un principio jurídico interpretativo fundamental, el cual será utilizado cuando una disposición jurídica admite más de una interpretación, situación en que se optará por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior. (p. 32)

Por lo tanto, se debe observar lo más favorable para el niño, niña y adolescente sin vulnerar los derechos de los niños, siempre que el juzgador tome la decisión de con quién se queda el menor debe prevalecer también el principio del interés de niño; y, además, es una interpretación que se puede realizar cuando el principio se encuentre afectado por otra norma. Así también, la doctrina procede a conceptualizar este principio de la siguiente forma:

El interés superior del niño, se concibe como el derecho a vivir, desarrollarse, crear su propia dignidad humana en el entorno familiar, siempre y cuando existan las condiciones y es considerado primordial frente a otros intereses antagónicos, por lo que resulta lógico que los derechos de los niños en virtud de ser precautelados van a sobresalir ante otros derechos que pudieran estar en litigio, a fin de que el niño, niña o adolescente no sufra daño, incluso por encima de los derechos que pudieran tener los mismos padres. (Murillo y Vásquez, 2020, p. 89)

La definición es bastante clara sobre el interés superior del niño es algo que siempre se va a ver en primer lugar para que los derechos de ellos no se vulneren cuando el juez tome la decisión sobre los niños, niñas y adolescentes pueda tener las condiciones adecuadas. También toma en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes estar por encima de los derechos de los padres. Por último, dentro del principio del interés superior del niño para Cedeño (2022) manifiesta que el interés superior del niño:

Implica en su aplicación que la decisión que convenga es aquella que prioriza los derechos del niño, niña o adolescente en un proceso judicial, sin menoscabo de los derechos de la madre y el padre, y que a su vez éstos con responsabilidad asuman su rol en forma paritaria de cuidado, crianza, protección de sus hijos e hijas, con las regulaciones e implicaciones del derecho de familia. (p. 936)

De tal manera, el autor señala que se deben aplicar lo más adecuado para los niños, niñas y adolescentes ya sea dentro de un proceso judicial, porque los progenitores son responsables de la crianza, educación, cuidado y protección de sus hijos e hijas. Por ello los padres son los que velarán por sus hijos o hijas en todo lo que necesitan para un desarrollo integral adecuado. Es por eso, que la sentencia 28-15 CC se analiza el principio del interés superior del niño que menciona que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (NNA), debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que se tomen en el contexto de la justicia para garantizar los derechos de los NNA, especialmente en la determinación de la tenencia, en el que prevalecerá sobre toda disputa referente a la distinción en razón del sexo de los progenitores, es una alternativa que lograría los objetivos perseguidos por la norma impugnada sin crear desigualdades de género, sin imponer roles de género. En tal sentido, dentro de la Constitución de la República (2008) en su artículo 44 establece:

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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (p. 21)

Es decir, el principio fundamental del interés superior del niño da prioridad absoluta a la garantía de la realización de los derechos pertenecientes a este grupo de interés prioritario los niños, niñas y adolescentes, a su restablecimiento inmediato en caso de vulneración, ya que sus derechos prevalecen sobre los del resto de la sociedad, y todos los integrantes del Estado de Derecho deben adaptar su comportamiento para evitar la vulneración de estos

derechos, garantizando así su supremacía sobre los derechos del resto de la sociedad. Articulado de la Constitución que tiene concordancia con lo que dispone el Código de la Niñez y Adolescencia (2014) en su artículo 11 establece:

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. (p. 4)

Tanto la Constitución, el Código de la Niñez y Adolescencia reconocen a los niños, niñas y adolescentes como miembros integrantes de una sociedad y por ende sujetos de derechos frente a sus padres, la comunidad en la que se desenvuelve y al Estado, ratificándose la importancia que tienen sus derechos y más aún la jerarquía de los mismos frente a los de las demás personas, garantizándose así el pleno goce de sus derechos.

En tal sentido, todos los jueces y juezas deben considerar y determinar el interés superior del niño, siempre que sus decisiones afecten a un niño, niña y adolescentes. De tal manera, todos los jueces y juezas que conozcan juicios en donde intervengan niño, niña y adolescentes, directa o indirectamente están especialmente obligados a aplicar el interés superior del niño en los procesos judiciales a su cargo.

El principio del interés superior del niño lo que busca es afianzar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes mediante el uso de mecanismos que garantizan el pleno desarrollo de los niños en todos los ámbitos, incluyendo el proceso de disolución de la familia. En los casos de separación de los progenitores llega a presentarse un problema para los infantes, debido a que en esta situación los padres deben llegar a un acuerdo en lo que respecta a la crianza de los niños. Llegado el caso, en base al principio de igualdad y no discriminación, ambos progenitores deberían estar en igualdad ante la ley para criar a sus hijos, sin embargo, hay casos en los que no llega a plasmarse de esta forma, pues se le da prioridad a la madre, suponiendo una desigualdad entre padre y madre cuando de la tenencia de los hijos se trata. El desarrollo integro de los niños, niñas y adolescentes depende su cercanía con los progenitores, pero en el caso de una separación se debe tomar una decisión de quien es más apto para la crianza de los niños, niñas y adolescentes en base al desarrollo integral del niño, pues se decidirá en base a elementos objetivos, sin tener preferencia por ninguno, y esta situación que no genere ninguna desigualdad al momento de tomar una

decisión sobre la tenencia de los niños es el propósito del principio de igualdad y no discriminación.

1.2.5. PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

De manera general se entiende que en la sentencia 28-15 CC se analiza el principio de corresponsabilidad parental para determinar la tenencia del menor, así entonces, se entiende la “Corresponsabilidad Paternal” como un principio base para la consecución de un ambiente familiar correcto, a través del mismo se puede realizar una lista amplia de derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes, derechos que pueden alcanzar su concreción cuando se cumplen las obligaciones de sus padres, también, el principio de corresponsabilidad parental nace en el derecho internacional especialmente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) que en su artículo 18 en su numeral 1 establece que:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (p. 6)

De tal manera, dentro del análisis se toma en cuenta que el Estado es quien garantiza la obligación que los progenitores tienen con sus hijos o hijas, ya sea en su crianza y desarrollo integral del hijo e hija. Siempre los progenitores deberán ser responsables en cada etapa de sus hijos ya que ellos necesitan toda la atención necesaria que los progenitores les pueden brindar en toda la eta de su crecimiento.

También, para Cáceres (2018) la corresponsabilidad parental es “un derecho que los padres deben cumplir con sus hijos, y la custodia o tenencia de los hijos deben estar a cargo de los dos progenitores, de tal forma que las obligaciones y responsabilidades los padres que deben asumir” (p. 26). Es entonces un derecho que los padres tienen con sus hijos, ya que ellos son responsables de la integridad de sus hijos e hijas en la crianza, alimentación, salud y educación; los progenitores son los encargados de cubrir todas las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Además, tiene como meta que los dos progenitores brinden todas las prestaciones que sean capaces de realizar a favor de su hijo, dejando, al mismo tiempo, espacio para las legítimas necesidades de autonomía de los progenitores durante la minoría de edad del hijo. Según

Heras y Marín (2021) sostienen que la corresponsabilidad parental “implica la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera que sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos” (p. 35). Es decir, los progenitores son los encargados de brindarle el cuidado necesario a su hijo e hija, esta obligación también alcanza al progenitor no custodio quien debe cooperar en la crianza a través de bases regulares y predecibles. Incluso considera que podría ejercer las responsabilidades parentales normales, como permanecer toda la noche con el niño, supervisar sus deberes y llevarlo a sus actividades habituales. Igualmente, para Naula (2022), define a este principio como:

Aquel mandato de optimización en el que la labor de crianza, educación, salud, vestimenta, alimentación, cultura, cuidado, recreación, y en si todo lo que tenga que ver con el bienestar del niño le corresponde no solamente al padre o a la madre, sino es un deber que debe ser tomado con gran responsabilidad por los progenitores en igual compensación. (p. 25)

Este término es referido por varios autores, los cuales se refieren al mismo desde un mismo enfoque constitucional, de progreso en la ampliación de roles de hombre y mujeres en un ámbito legal en el derecho familiar. Por tal motivo, la sentencia 28-15 CC analiza el principio de corresponsabilidad parental en base a la alegación de que la norma impugnada es contraria al principio de corresponsabilidad parental compartida, porque el mantenimiento de un sistema de preferencia materna en relación con la custodia impide que los padres y las madres disfruten de los mismos derechos y obligaciones en relación con sus hijos, significa un reparto equitativo de derechos y deberes entre los progenitores en relación con en relación con los niños, niñas y adolescentes, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

Se dirá entonces, que el principio de igualdad y no discriminación es un derecho que tienen los progenitores a ser tratado sin distinción, exclusión o restricción cuyo objetivo es el goce o el ejercicio de sus derechos en relación a la determinación de la tenencia del hijo o hija, mientras que, el principio de corresponsabilidad parental permite al padre y madre la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos o hijas. Por lo tanto, ambos principios pretenden garantizar la participación conjunta en todas las decisiones y acciones que se deben tomar

para brindar una educación efectiva de los niños, además en lo que respecta al interés superior del niño resulta fructífero que pesar de llegar a ocurrir una separación, aun los padres pueden seguir participando de manera igualitaria.

1.3. BASES NORMATIVAS

En el fundamento normativo de esta investigación se encuentran en las siguientes normas jurídicas:

1.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos y fundamentales. Es así como es preciso señalar lo que establece en su artículo 2

Toda persona tiene todos 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. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. 1, art. 2)

En tal sentido, las personas tienen derecho de gozar con libertad de sus derechos humanos tal como lo establece en el artículo, asimismo; ningún ser humano deberá ser tratado con distinción ya sea por su color, raza, sexo, etc. Por eso establece que a todos los individuos se les trate de forma igualitaria respetando sus derechos reconocidos en los tratados internacionales; sin la necesidad de utilizar tipos discriminatorios. De igual manera, dentro del mismo cuerpo normativo en su artículo 7 establece:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. (párr. 12)

Si bien es cierto que, todos son iguales ante la ley, tienen la misma manera de exigir un derecho a la igualdad de protección contra todo tipo de tratos discriminatorios que se les

haga a las personas o que se vaya por encima de los derechos humanos.

1.3.2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un tratado multilateral general que reconoce derechos civiles y políticos, establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Dentro del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976) se refiere al principio de igualdad y no discriminación en su artículo 2 numeral 1 establece que:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (p. 2)

Por lo tanto, el articulado es claro en su contenido al señalar que todos los Estados se limitan a respetar y garantizar los derechos de las personas sin ninguna distinción alguna. Sin embargo, del mismo cuerpo normativo en su artículo 26 la disposición central del principio:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (p. 38)

Por tal razón, se comprende que todas las personas son iguales ante una ley ya que garantiza la protección de una manera adecuada a todos los seres humanos contra cualquier acto de discriminación. Es decir, que no deben existir privilegios o excepciones en la aplicación de la misma, o en su caso que se permita la protección adecuada de la ley conforme a las desigualdades que se presenten.

1.3.3. Constitución de la República del Ecuador (2008)

Dando continuación al análisis normativo respecto del principio de igualdad y no discriminación, la Constitución de la República del Ecuador que protege y garantiza el

ejercicio de los derechos de las personas en virtud de los principios reconocidos, establece en su artículo 11 numeral 2:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 11)

Con la finalidad de que las personas gocen con plenitud de todos los derechos porque tienen las mismas oportunidades, además, nadie podrá ser discriminado por todas las razones que en el propio articulado lo señalado. Si existe un trato desigual el Estado adoptará las medidas necesarias para promover la igualdad de los derechos y la ley se encargará de sancionar todo tipo de discriminación a las personas. De igual manera, dentro del cuerpo normativo antes menciona en el Título II, Capítulo Tercer sobre Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, Sección Quinta-Niñas, niños y adolescentes:

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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (p. 21)

Esto con la finalidad de que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar su identidad y valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales y a ser protegidos contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores.

Igualmente, la Constitución del Ecuador (2008) en su artículo 67, inciso primero, respecto

a la familia y la protección del Estado frente a la misma, señala:

El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (p.25).

Por esta razón, la Constitución del Ecuador reconoce la familia que el Estado es el encargado de garantizar las condiciones favorables a las familias; estableciéndose, además, la igualdad de los derechos entre cada uno de sus miembros de la familia, es decir que tanto el padre, la madre y el hijo que conforman una familia tradicional gozan de los mismos derechos y oportunidades frente a la sociedad.

Así mismo, en la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional fundamentó su decisión en los siguientes artículos de la Constitución del Ecuador como son:

El artículo 66, en el correspondiente numeral 4, garantiza el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. - De forma literal, el artículo 70 manifiesta que “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...”. - El artículo 45, en su parte pertinente establece el derecho de los menores de edad a tener una familia y, sobre todo, disfrutarla. (Sentencia 28-15 CC, 2021, p. 22)

Es decir, en el contexto del desarrollo de los artículos mencionados de la Constitución de la República del Ecuador, está claro que la naturaleza de los derechos no es sólo una cuestión de igualdad, sino también de equidad ya que no conste en favorecer en el trato a una persona perjudicando a otra.

1.4. BASES JURISPRUDENCIALES

La base jurisprudencial que se tomará en consideración dentro del trabajo de titulación serán las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.4.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Se analizarán los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para poder entender de cómo influye el principio de igualdad y no discriminación.

1.4.1.1. Caso Formenrón e hija VS Argentina.

Al analizar caso el Formenrón e hija VS Argentina, según indicó la Comisión Interamericana, el presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica. La niña fue entregada por

su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años. Además, la Comisión consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre. En consecuencia, la Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho del señor Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia

En el presente caso, respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 37).

Por otra parte, indicó que la cuestión central es el conflicto entre el derecho subjetivo del padre biológico a la tenencia de su hija y el interés superior de la niña, lo cual se resuelve teniendo en consideración el tiempo transcurrido desde el día después del nacimiento hasta la fecha del fallo, lo que hace totalmente inconveniente cambiar la situación de la menor, por los efectos muy perniciosos que tal hecho acarrearía sobre la psiquis y en la conformación de su personalidad, por lo tanto, se evidencia que el principio de igualdad y no discriminación fue vulnerado porque la autoridad competente no cumplió con el deber de precautelar el bienestar del padre y su hija es por ello, que acarreó varios cambios negativos de la menor.

En la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que el Estado es responsable de la violación de los derechos a la a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en

relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento.

Dentro de la sentencia analizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se evidencia la interpretación sobre la tenencia de los menores de edad y ayuda a entender cómo se aplica el principio de igualdad y no discriminación, en este caso considera las violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño debe interpretarse a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas, es por ello, en base a la sentencia se analizó el principio de igualdad y no discriminación, además, esta jurisdicción se podría interpretar en casos similares para poder resolver el caso de una manera adecuada y concorde con el caso.

1.4.1.2. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso inicia en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas.

Además, en enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala no se encontraba capacitada para velar y cuidar de las tres niñas, dado que su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores de edad, pues la madre no había demostrado interés alguno por velar y proteger el desarrollo integral de estas pequeñas. Por ello, la señora Atala indicó que los alegatos presentados en la demanda de tuición la conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, por la distorsión en los hechos que exponía y, por último, por su desprecio al superior interés de sus hijas”, y aseveró que las alegaciones que se hicieron de su identidad sexual nada tienen que ver con su función y rol como madre, además, la señora Atala finalmente alegó que ni el Código Civil chileno ni

la ley de menores de edad contemplaban como causal de inhabilitación parental el tener una opción sexual distinta.

Dentro del caso se analiza sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (tienen una fuerza necesaria para no ser derrotada). Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II

LA TENENCIA DE ACUERDO AL DICTAMEN

CONSTITUCIONAL 28- 15 SN

El segundo capítulo se realiza en base al objetivo segundo, relacionado a identificar el contenido y alcance de la sentencia 28 – 15 – S/N de la Corte Constitucional sobre tenencia, por tal motivo, dicha sentencia determina que la tenencia de niños, niñas y adolescentes dependientes pueden acceder el padre o la madre de forma igualitaria sin que se vulneren los derechos de los menores, así también, se toma en cuenta que la Corte Constitucional del Ecuador, en esta sentencia, declaró la inconstitucionalidad del Código de la Niñez y Adolescencias (2014) de los numerales 2 y 4 del artículo 106 establece que:

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de

los menores de doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija.

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo a hija. (p. 28)

Por ello, los numerales derogados determinaba la preferencia sobre la madre al momento de confiar la tenencia de niños, niñas y adolescentes. Es necesario que la tenencia de los menores de edad sea determinada para el padre o madre sin ninguna distinción de preferencia en la crianza de los hijos e hijas; además, los progenitores tienen las mismas oportunidades de cuidar los derechos y obligaciones de sus hijos e hijas.

2.1 FINALIDAD DE LA SENTENCIA

La Constitución de la República del Ecuador, como norma fundamental dentro del territorio ecuatoriano reconoce una serie de derechos, obligaciones y responsabilidades respecto de la familia, por tanto, al ser la Constitución una norma de carácter general, las autoridades tienen la responsabilidad de dictar las normas secundarias que permitan viabilidad de los mandatos que la Constitución consagra. Por lo que, en busca de proveer bases seguras en los niños, niñas y adolescentes, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, con Sentencia No. 28-15 CC, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, aquellos que establecían la preferencia materna al momento de confiar la tenencia de niñas, niños y adolescentes, bajo los supuestos establecidos en la ley. Esto con la finalidad de que el menor tenga una mejor situación en relación a sus derechos y bienestar general, permaneciendo con el padre que cumpla con las condiciones idóneas para su cuidado y crianza.

Por otra parte, se debe considerar que la tenencia es una institución familiar que surge en el momento en que los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley (Cifuentes, 2019), es por esto que la sentencia No. 28-15 - CC brinda igualdad de oportunidades a los padres puesto que anteriormente se consideraba como derecho preferente la tenencia a la madre, inclusive sin verificar si esta estaba en condiciones de cumplir con la tenencia efectiva de los menores.

Este análisis se realiza de conformidad a lo que dispone nuestra Constitución en su sección quinta de las niñas, niños, y adolescentes que en su parte pertinente manifiesta: (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Art. 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. Los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

En lo referente a este artículo manifiesta que el Estado, protegerá los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en todo el proceso de desarrollo y crecimiento en todo sentido de afectividad y seguridad por lo que, a través de la sentencia No. 28-15 CC se está considerando el derecho de igualdad de los progenitores y corresponsabilidad parental considerando el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador.

2.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Al momento de analizar la sentencia 28- 15 CC se observó que utilizaron los siguientes métodos de interpretación, según De la Cruz Rodríguez (2022) menciona que: Los métodos de interpretación “son herramientas que permiten ordenar la argumentación del intérprete y coadyuvan a sustentar su posición interpretativa, son a la vez herramienta y mecanismo de control” (párr. 31). Es decir, que los métodos de interpretación ayudan a comprender de mejor manera los casos análogos o los que son insuficientes para la comprensión y resolución de los distintos casos que se puede presentar ya que se utiliza como una herramienta frente a la cual se pueda esgrimir válidos argumentos para descartar conclusiones distintas a las que se pueda arribar con otros métodos.

2.2.1. Interpretación sistemática

Esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acordado con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Según Guastini (1999) sostiene que:

La interpretación sistemática busca entender a los enunciados normativos de acuerdo con el sistema jurídico al que pertenecen, comprendiendo que cada enunciado no está aislado, debido a que ha sido creado bajo la semejanza de normas

contiguas y por tal motivo, goza de una presunción de validez. (p. 44)

Por ello, se relaciona a la norma que constituye el objeto de la interpretación con otras, dentro del ordenamiento jurídico, debido a que las disposiciones son consecuencias entre una y otras. Intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que le sirven de base.

2.2.2. Interpretación extensiva

Aunque parezca un contrasentido vincular a la interpretación con la integración, en realidad no se trata de confundir ambas figuras. Según Guastini (1999) menciona que:

Los argumentos capaces de sostener una interpretación extensiva son principalmente dos que es el argumento *a fortiori* y el argumento *a simili o analógico*, el análisis de estos argumentos muestra lo sutil que es la línea que demarca los confines entre la interpretación de disposiciones existentes y la formulación de normas nuevas. (p. 35)

A manera de que, puede incluir una estrategia argumentativa más amplia que aplica al dogma de la integridad del derecho, se puede el argumento *a fortiori* se refiere a que se deberá conectar la consecuencia jurídica al supuesto de hecho y el argumento *a simili* se refiere a que se analiza con detalle en su momento, cuando se presenta la extensión analógica de una norma, y que se justifica los argumentos relacionándolos con la doctrina.

Del mismo modo, la Corte Constitucional utilizó la interpretación conforme se describe a cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada. (Corte Constitucional, 2021, p. 78)

Ahora bien, es por ello, que cedió la acción pública de inconstitucionalidad dentro de la legislación ecuatoriana se encuentra establecidos todos los parámetros necesarios dentro del artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que tiene como finalidad el mecanismo de control abstracto de la Constitución que pretende garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico con la Constitución. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional (2020), establece en el artículo 75 en su numeral 1, para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:

- a) Enmiendas y reformas constitucionales.
- b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.
- c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.
- d) Actos normativos y administrativos con carácter general. (p. 25)

Así entonces, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de acuerdo al artículo 75 numeral 1 literal c) es de aplicación para el ejercicio de esta acción de inconstitucionalidad referente al artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia porque son leyes, decretos leyes de urgencia económica; objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la presidenta o presidente de la República, en el proceso de formación de leyes, proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales, convocatorias para referendo para reforma, enmienda o cambio constitucional, decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción, tratados internacionales, convocatorias a consultas populares, estatutos de autonomía y sus reformas, además de ejercer un control en cuanto a la inconstitucionalidad de normas conexas.

De este modo fue presentado el Caso No. 28-15 CC, el 1 de abril de 2015, por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, la acción que se presentó fue una acción de inconstitucionalidad, que según Coronel y Pérez (2020) manifiestan que es una garantía jurisdiccional que se presenta para remover del ordenamiento jurídico una norma que, por la forma o por el fondo, es contraria a la Constitución o al bloque de constitucionalidad (párr. 1)., es decir, es un mecanismo de control que sirve para regular el ordenamiento jurídico que contravenga a la Constitución, entendiendo que esta, tiene la consideración de norma suprema y prevalece sobre cualquier otro ordenamiento normativo jurídico.

Ahora bien, en cuanto a los hechos que motivan la interposición de esta acción es importante reconocer que en el Derecho Romano las relaciones entre padres e hijos se caracterizaban porque la autoridad paterna imponía una condición de absolutista, autoritaria y llena de fuerza, imponiendo incluso tratos inhumanos sobre los hijos, con el devenir de la sociedad se modificaron las costumbres, se impusieron leyes para proteger a los menores, otorgándoles un carácter proteccionista y actualmente las relaciones entre padres e hijos tienen ese carácter, sobre todo si son menores de edad.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por

igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. El Interés Superior del Niño es un tema muy importante que se lo debe tratar con mucha responsabilidad y hacer cumplir este principio en todo su contexto y que para ello es necesaria la colaboración de todas las autoridades en especial las legislativas y administrativas, para que no se violente por ningún motivo este principio.

Es por esta razón, en la sentencia 28-15 CC se analizó el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, los padres son los responsables de sus hijos e hijas para crecer en un entorno adecuado. Por último, La doctrina procede a conceptualizar este principio de la siguiente forma:

El interés superior del niño, se concibe como el derecho a vivir, desarrollarse, crear su propia dignidad humana en el entorno familiar, siempre y cuando existan las condiciones y es considerado primordial frente a otros intereses antagónicos, por lo que resulta lógico que los derechos de los niños en virtud de ser precautelados van a sobresalir ante otros derechos que pudieran estar en litigio, a fin de que el niño, niña o adolescente no sufra daño, incluso por encima de los derechos que pudieran tener los mismos padres. (Murillo y Vásquez, 2020, p. 89)

Desde el punto de vista de los autores es una definición bastante clara ya que el interés superior del niño es algo que siempre se va a ver en primer lugar para que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no se vulneren cuando el juez tome la decisión de donde el menor de edad pueda sentirse cómodo.

Así también, se toma en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, está por encima de los derechos de los padres. Por ende, este principio es muy importante dentro de la legislación ecuatoriana. Para fundamentar los derechos de los niños se contempla en el artículo 23 del Código de la Niñez y Adolescencia, donde se evidencia que los niños y niñas tienen derecho de tener una familia que los proteja y que les brinde seguridad y estabilidad emocional, mediante una convivencia familiar. Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior,

los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida. Es por esto que en relación al bienestar de los niños se tiene que la tenencia de los hijos menores de edad es un tema delicado que puede generar controversias, por lo tanto, es fundamental establecer acciones que no afecten al menor y garanticen sus derechos. Por esa razón, para Dávila (2019) “la tenencia definitiva se debe a un proceso judicial o un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada” (p. 23) como los Centros de Conciliación o las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades. Por otra parte, al dictamen de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, el inicio de interés preeminente de niños, niñas y adolescentes, y la corresponsabilidad parental. Es por este modo, dentro del análisis del criterio que fue presentado por el juez ponente constitucional, en su voto concurrente, consideró que existen más posibilidades de transformar la realidad, en la que casi la exclusividad del cuidado está a cargo de las madres, cambiando la norma impugnada, que manteniéndole de la misma forma.

Así mismo, plantea lo siguiente respecto a la discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia maternal argumenta que se debe considerar que existen muchas mujeres que sufren de violencia doméstica, que se quiere quitar la preferencia de la materna, se aumentara la vulnerabilidad de las mujeres frente al poder de su pareja masculina. Además, en análisis sobre el voto concurrente se refiere a que no todos los padres deberán tener la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, por eso; en primer lugar se deberá tomar en consideración si el padre es una persona íntegra sin ningún vicio y se haga responsable de sus hijos o hijas, igualmente, con la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, se espera que la carga de la prueba gire alrededor de los aspectos positivos del padre y de la madre, y no de lo peor de cada ser humano. Es por ello, que dentro del voto razonable que cedió se explicaron distintos aspectos sobre: la discriminación contra la mujer y el derecho transformador y se refiere a la violencia contra las mujeres y las niñas que se define como todo acto de violencia basado en el género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o mental para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se

producen en la vida pública como en la vida privada. La violencia contra las mujeres y niñas abarca, con carácter no limitativo, la violencia física, sexual y psicológica que se produce en el seno de la familia o de la comunidad, así como la perpetrada o tolerada por el Estado. Según Hernández y otros (2017) muestra que:

La violencia de género contra la mujer, invisibilidad de factores de vulneración adicionales como el origen étnico-racial, la orientación sexual o la identidad de género, y contribuye a perpetuar la impunidad de estos crímenes en un contexto de arraigados estereotipos discriminatorios basados en género y de discriminación estructural contra las mujeres. Resulta vital y crítico producir estadísticas completas sobre violencia y discriminación contra las mujeres, de manera periódica e información desagregada por lo menos, lo menos, por género, edad, raza, etnia, condición socioeconómica, situación de discapacidad, orientación sexual e identidad de género, así como el lugar de ocurrencia de los hechos. (p. 76)

En tal sentido, existe la discriminación contra la mujer se ha presentado en varios ámbitos y de distintas maneras: las mujeres eran las encargadas de obtener la tenencia de los menores de edad, mientras tanto el hombre no se quería hacerse responsable de los hijos o hijas por ello, las mujeres ejercen más el rol de cuidado que los hombres. Pero con el dictamen de la sentencia 28-15 CC se evidencia que ahora es diferente y busca la igualdad entre los progenitores para la determinación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, que, por ello, en un criterio hace énfasis en el enfoque de género.

2.2.3. Enfoque de género en la determinación de tenencia de los menores de edad

Además, la sentencia 28-15 CC hace relación con el enfoque de género y considera las diferentes oportunidades que tiene el padre y la madre, las interrelaciones existentes entre ellos y juegan distintos papeles en la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, el enfoque de género se relaciona con todos los aspectos de la vida económica, social, cotidiana y privada de los individuos. Así mismo, se entiende que el enfoque de género es una herramienta de análisis para examinar la realidad y las relaciones sociales, teniendo en cuenta los roles que desempeñan los hombres y las mujeres, sus múltiples identidades, las oportunidades de acceso y control a los recursos y el grado de poder que ejercen en la sociedad. El enfoque de género es una herramienta analítica y metodológica que permite integrar las diferentes necesidades, responsabilidades y preocupaciones de los progenitores “en cada etapa de su ciclo de vida, de manera que sean relaciones equitativas

y justas. Sus múltiples identidades, las oportunidades de acceso y control a los recursos y el grado de poder que ejercen en la sociedad” (Bravo y García, 2017, p. 7). Es decir, que tanto madre y padre deberán ser tratados de la misma forma porque tienen las mismas capacidades de cuidar, proteger y velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, el enfoque de género busca una relación equitativa entre padre y madre. De tal forma, según Nerio (2019) manifiesta que:

El enfoque de género no es el estudio de las mujeres, sino de las relaciones entre mujeres y hombres y cómo éstas han generado desigualdades, falta de oportunidades y limitación de derechos. Además, el enfoque de género sirve para identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres. (p. 44)

Por tal motivo, el enfoque de género ayuda a planear las acciones que deben emprenderse y actuar sobre aquellos factores de género, que tienen la necesidad de limitar las oportunidades de los derechos en el cual crean una desigualdad y discriminación entre padre y madre para la obtención de la tenencia del menor de edad, por ende, se busca una modificación para crear las condiciones de cambio que permitan avanzar a la construcción de la igualdad de género para la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, la madre y el padre no pueden ser limitados de la responsabilidad frente a los derechos y obligaciones de sus hijos o hijas.

Dentro de la sentencia analiza el enfoque de género busca garantizar que el padre tenga la oportunidad de tener la tenencia de sus hijos o hijas, es un principio que hombres y mujeres son iguales significa que la madre y el padre pueden hacerse cargo de las responsabilidades de los menores de edad para fortalecer los lazos afectivos entre padres e hijos. Se toma en cuenta, además, dentro de la sentencia que dictada por la Corte Constitucional no hace la distinción solo por el género para la determinación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, se enfoca en que el padre también, podrá cuidar, proteger y hacerse cargo de sus hijos, además, con la sentencia dictada busca la equidad que debe considerar la administración de justicia entre madre y padre al momento de determinar la tenencia.

Para de este modo, garantizar el principio de igualdad y no discriminación, que permitirá la igualdad entre los progenitores para encargarse de la crianza, educación y desarrollo integral del menor de edad y, además, se considere equivalente los derechos, los

beneficios, las obligaciones y las posibilidades de llegar a un objetivo de equidad de género para la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

Igualmente, se consideró los riesgos y los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad la incompatibilidad entre la norma y la Constitución no constituyen el objeto principal del fallo, sino que suministra únicamente una de las premisas de la decisión. Al declarar la inconstitucionalidad, simplemente se abstiene la aplicación de la norma impugnada, porque, ante el conflicto entre ella y la Constitución, su deber es hacer prevalecer la norma jerárquicamente superior. Sin embargo, la ley no aplicada subsiste en el ordenamiento. Según Barbosa (s.f.) indica que, “los efectos de la declaración incidental de la inconstitucionalidad no exceden, por consiguiente, las fronteras del pleito en que aquélla fue emitida” (p. 13). Por ello, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, en el control directo y abstracto, tengan la declaración de la inconstitucionalidad de la norma impugnada y se encuentre la igualdad de la tenencia a los progenitores.

En el análisis desarrollado, se señala la posibilidad que se utilice el cuidado de los menores como una forma para presionar a la madre para que acepte una pensión menor de alimentos; que el ámbito de la violencia se traslade a la batalla judicial como un nuevo espacio de disputa de la pareja; que la mujer tenga que asumir nuevos costos y asimétricos en su vida. Además, si los hombres ejercen más el rol de cuidado y disfruten de los efectos de la construcción de vínculos afectivos; al mismo tiempo que sabrían lo difícil y sacrificado que es cuidar, y de este modo valoraríamos más esta esfera social que ha sido tan importante en la preservación de la vida cotidiana (Corte Constitucional, 2021, párr. 36).

Por medio de este dictamen, que fue difundido el 10 de diciembre del 2021, la entidad reiteró que “en casos donde se resuelvan derechos de niños, niñas y jóvenes primará el inicio de interés superior por sobre los intereses de los padres”. El derecho a la igualdad de trato a causa de la ley, en donde se evidencia la obligación sobre el Estado de no hacer distinciones para revisar que la regla no haga un trato ilegítimo, va a ser preciso, en primer término, examinar si el trato diferenciado a causa de esa regla se enmarca en la discriminación.

El equilibrio de trato frente a la ley no necesita del Estado tratar a toda la gente de igual modo. Es entendible que el inicio de equidad frente a la ley no involucra un derecho de los pobladores a que el Estado no haga ningún tipo de exclusión referente a la aplicación de la ley. La estabilidad frente a la ley involucra que los individuos que permanecen en equidad

de condiciones, no reciban un trato distinto por las reglas y de acuerdo con la Defensoría del Pueblo de Ecuador (2015), la estabilidad formal “implica que las reglas jurídicas traten a todas las personas con neutralidad (p. 34).

De esta forma además que, en la situación de darle trato preferente a la madre respecto a la tenencia, el derecho del progenitor es perjudicado y paralelamente el derecho del menor pues su contacto con su papá es reducido. La preferencia materna no es proporcional debido a que este trato desigual sacrifica valores e inicios de más grande peso que los que se pretende saciar mediante esta exclusión. Aparentemente, esta disposición gira alrededor de la custodia del menor debido a que se ha entendido que la mamá es el individuo adecuado para proteger al niño.

Cabe resaltar que, el papel de cuidador por parte del progenitor en varios casos es bastante reducido, inclusive catalogándolo como que es alguien incapaz de proteger y proveer todo lo cual necesite él o la menor de edad, esto se da por las creencias y prácticas de la sociedad. Es por esta razón, que es importante que la ley en busca de las ventajas del menor de edad sobre los progenitores y en si la sociedad, tengan una protección compartida por los padres, en donde la madre además logre laborar y que paralelamente el papá cuente con la suficiente responsabilidad y seriedad para llevar a cabo con su tarea fundamental en el desarrollo del niño, niña y adolescente, en lo cual respecta al cuidado y apoyo del menor. En base al voto concurrente de la sentencia 28- 15 CC en relación al enfoque de género con el fin de determinarlo en referencia a los progenitores sobre la determinación de la tenencia de los niño, niñas y adolescentes, los cuales decantan y ponen en evidencia la discriminación basada en el género, producto de la construcción de estereotipos y la asignación de roles en la sociedad que sufren el padre al momento de pedir la tenencia del hijo o hija por la discriminación basada en el género.

2.2.4. Igualdad de género para la determinación de la tenencia de los menores de edad

La igualdad de género se encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Se trata de un principio consagrado en distintos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945) se reafirma la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Según De la Lema (2013) menciona que:

La igualdad de género parte del reconocimiento de que históricamente las mujeres

han sido discriminadas y es necesario llevar a cabo acciones que eliminen la desigualdad histórica y acorten las brechas entre mujeres y hombres de manera que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género, tomando en cuenta que la desigualdad que de facto padecen las mujeres puede agravarse en función de la edad, la raza, la pertenencia étnica, la orientación sexual, el nivel socioeconómico, entre otros. (p. 65)

Por lo tanto, la igualdad de género no significa que hombres y mujeres deban ser tratados como idénticos, sino que el acceso a oportunidades y el ejercicio de los derechos no dependan del sexo de las personas. Los progenitores tienen la misma oportunidad de tener la tenencia de los menores de edad, porque debe existir la igualdad de género y los padres deberán también tener la oportunidad de la crianza, educación, demás derechos y obligaciones de los niños niñas y adolescentes.

Además, la igualdad de género, aplicada a situación legal de la tenencia de los hijos menores de edad, se contrapone a la igualdad de derechos del padre y de la madre, por la simple vulneración del derecho a la igualdad. Por lo que declaró que el derecho de familia debe reformar la normativa jurídica de familia con relación a la tenencia de los menores de edad; tema ampliamente definido en el principio de igualdad de derechos, como persona humana. Esto es, la igualdad ante la ley, no solo en su declaración de igualdad formal, sino también, en su aplicación de igualdad material y jurídica.

En la sentencia analizada se enfoca a la igualdad de género entre los progenitores se refieren a la igualdad de derechos que tienen, sin embargo, por la vigencia de la sentencia 28-15 CC muestra que se garantiza la igualdad de género entre madre y padre porque los padres también, pueden ser responsables de la educación, salud, crianza de sus hijas o hijos. Por ende, se garantizará el principio de igualdad y no discriminación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, ya que el padre también deberá estar junto a su hijo o hija en todo momento de su vida. Por otra parte, la igualdad de género busca dejar en claro que tanto hombres como mujeres tienen las mismas oportunidades para alcanzar la independencia económica o financiera, una educación de calidad y calidez que garantice un verdadero desarrollo integral a los menores de edad.

Con este accionar y al decir o sugerir que la madre estaba en mejores condiciones que el padre, se produce la diferencia entre las partes quitándole la igualdad de derechos que le corresponde al padre de los menores. Esta decisión de la Corte vino a reconocer los derechos de igualdad a que tienen todas las personas sin distinción de clase alguna, así lo

dispone el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador. No se puede ni se debe direccionar el afecto para con los hijos, privilegiando del mismo modo a la mamá toda vez que la afectividad es una responsabilidad personal en iguales condiciones tanto al papá como a la mamá. Lo que es más el afecto para con los niños, niñas y adolescentes de padre y madre nos traerá como resultados ciudadanos justos para su desenvolvimiento en una mejor sociedad, es sembrar en tierra fértil, sí se da afecto y cariño.

Es decir, la igualdad de género para obtener la tenencia constituye, igualdad formal y la igualdad material al momento en el cual el juzgador toma en consideración el interés superior para dar la tenencia a los progenitores, considerando, los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, son inconstitucionales, pero no se definen lineamientos que establezcan condiciones similares entre hombres y mujeres, sino por el contrario, únicamente se elimina la preferencia materna y se siguen utilizando los mismos requerimientos que han sido manejados a lo largo de los años para dar la tenencia a las mujeres de los menores de edad.

Sin duda, aunque los párrafos anteriores sobre la preferencia de la madre para la tenencia han sido declarados inconstitucionales, aún no se han establecido pautas para determinar cuáles son los verdaderos argumentos que aseguran una verdadera igualdad sustantiva entre padre y madre en el contexto de esta institución jurídica. Es por ello, que no existe una deferencia entre las instituciones jurídicas de tenencia y patria potestad ya que, hace relación a que se utilicen las reglas de la patria potestad para la determinación de la tenencia. Esto dentro de la sentencia no tiene una clara definición de las dos instituciones jurídicas mencionadas, por lo que, crea una confusión al momento de determinar la tenencia a los progenitores de los niños, niñas y adolescentes.

Es por ello, la sentencia analizada 28-15 de la Corte Constitucional en relación al voto concurrente hace énfasis en la igualdad de género para la determinación de la tenencia de los menores de edad, con ello menciona que se debe eliminar la desigualdad histórica entre padre y madre sobre la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, de manera que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género. Además, la igualdad de género establece que las mujeres y los hombres son igualmente valorados y con las mismas oportunidades, derechos y responsabilidades referente a sus hijos o hijas para garantizar un desarrollo digno y adecuado. En síntesis, dentro de la prenombrada sentencia por parte de la Corte Constitucional, no se emiten los requerimientos necesarios bajo los cuales se desenvuelven los parámetros de igualdad de género en la tenencia del menor.

2.3. RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA 28-15-IN/21

La *ratio decidendi* es una figura jurídica que se las invoca en los procesos constitucionales a través de los precedentes vinculantes, son importantes como argumento en la construcción lógica de la sentencia, hechos que a través del presente estudio dilucidaremos para entender la actuación de nuestro Tribunal Constitucional. Según Pulido (2018) menciona que, la *ratio decidendi* “se emplea para referirse al argumento que resulta necesaria para la justificación racional de la decisión judicial, y que, por tanto, otorga unidad a la relación entre el problema jurídico y la parte resolutive” (p. 325). Por lo tanto, corresponde a la premisa general que sirva de fundamento a la conclusión de la sentencia, la que puede o no coincidir con el derecho preexistente a la decisión.

Asimismo, la *ratio decidendi* se refiere a la norma jurídica, que en el proceso es la justificación de una decisión judicial que fue creada por el juez o jueces y que, en virtud de la regla de precedente, debe ser seguida por los operadores de justicia en casos posteriores. En la sentencia 28-15 CC analizada se aceptó la acción de inconstitucionalidad, en base al principio de igualdad y no discriminación para la determinación de la tenencia de los menores de edad para que, exista un trato justo e igualitario entre los progenitores, sin que exista discriminación por motivos de sexo al momento de otorgar la tenencia del menor.

CAPÍTULO III

CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA TENENCIA

Dentro de este capítulo tercero que refiere a determinar las características de la tenencia las cuáles serán de utilidad para entender las reglas que se establecen en el ordenamiento jurídico vigente para ejecutar la tenencia, así como, las condiciones que la

normativa confiere a los progenitores para que la misma sea ejercida en beneficio los menores, siendo relevante analizar la opinión de autores que permitan un mejor entendimiento de la naturaleza jurídica de la tenencia y patria potestad por ende su evolución y relación con distintos elementos jurídicos. Ya que, en la sentencia 28-15 CC no específica con claridad la distinción entre las instituciones jurídicas de tenencia y patria potestad es por ello, que se establecen las siguientes definiciones.

3.1. DEFINICIÓN DE TENENCIA

En la sentencia 28- 15 CC se analizó de acuerdo a los votos y todo lo expuesto dentro de la sentencia, no comprende la conceptualización de la tenencia por tal motivo, es necesario comprender que la tenencia es una institución jurídica que permite a los progenitores el cuidado de los hijos e hijas que estén destinados a uno de los padres. Según Fernández (s.f.), define a la tenencia como:

El derecho y el deber de los progenitores de mantener una convivencia inmediata y relación directa con los hijos para su cuidado y crianza. Asimismo, y de forma recíproca, es el derecho del hijo convivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca, para así lograr su desarrollo integral. (p. 299)

Por ello, el autor concuerda con el enfoque anteriormente mencionado y considera que a pesar de ser un derecho de los padres la convivencia con sus hijos, es un derecho de sus hijos vivir con el progenitor que pueda ofrecerle una mejor seguridad (en caso que no se pueda vivir con ambos) cuando por distintas circunstancias no sea posible establecer un hogar homogéneo entre los progenitores.

De esta forma, el derecho nato de los progenitores de convivir con sus hijos se ve truncado, es responsabilidad del Estado y sus autoridades mejorar la situación de los niños, la convención sobre los derechos del niño en su artículo 9 numeral 1 estipula que:

Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (ONU, 1989, p. 12)

Por lo tanto, la tenencia también comprendida como un derecho de los niños, niñas y adolescentes, de vivir en un ambiente familiar debe ser cubierta, ya sea con un entorno de familia natural o en los casos que no la posean (o sean alejadas por circunstancias) en un ambiente que pueda reemplazar esta figura de unión fraterna. De la misma manera, según Llanos define a la tenencia como:

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, traduciéndose como 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. (2018, p. 192)

Es decir, la tenencia como tal nace de la convivencia de los progenitores con el menor de edad de manera general, de ella emanan una serie de obligaciones y deberes tanto para los progenitores como para sus hijos o hijas, teniendo como fin último el correcto desarrollo de niños, niñas y adolescentes, sin embargo, muchas veces la tenencia tiene distintas formas de efectuarse, a pesar de ser un derecho de los progenitores el convivir con sus hijos o hijas, el mismo que se opaca cuando la armonía del hogar se torna peligrosa para los menores de edad. Por otro lado, es necesario analizar los distintos tipos de tenencia que pueden existir, partiendo desde la base que el menor vive con sus padres o uno de ellos.

Igualmente, según Flores, Maldonado & Guevara (2022) reconocen la tenencia monoparental y la compartida, la primera la definen como “la tenencia monoparental es una modalidad en la cual la madre o el padre poseen la tenencia del niño, originando la tenencia monoparental es aquella ejercida por un solo progenitor” (p. 108). Es decir, que por alguna circunstancia se ha visto mermado el derecho de convivencia del progenitor, no significando esto que no tenga responsabilidad con el menor, sino que su derecho de vivir y pasar con su hijo se ve minimizado, se otorga esta potestad al progenitor que la ley determina más adecuado, siendo generalmente la madre, excepto en casos concreto que la ley establezca. De igual forma, para Cedeño (2022) indica que:

La tenencia compartida que permiten que padre y madre ejerzan los mismos derechos y obligaciones de sus hijos en edad de niñez y adolescencia con el propósito de afianzar los lazos paterno-filiales y vista dichas legislaciones se podrá determinar que en el Ecuador se vulnera el derecho a la igualdad en la corresponsabilidad de padre y madre, al no reconocer la figura de tenencia compartida. (p. 933)

Por ello, en el Ecuador no se daba la tenencia compartida más bien se daba prioridad que la tenencia de los hijos e hijas solamente a la madre, pero con las nuevas necesidades que se da sobre la tenencia se establece que sea de forma igualitaria para los progenitores es algo

esencial, ya que, los niños, niñas y adolescentes, necesitan el apoyo de los progenitores así también, puedan crear lazos afectivos entre ellos, y necesitan los cuidados necesarios y los padres tienen que ejercer las obligaciones que tiene con los hijos o hijas.

Por ello, que de la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional analiza sobre la lactancia y es necesario dentro de la investigación realizada deberá existir una excepción se le otorgue la tenencia a la madre en caso de los recién nacidos hasta los 2 años que es necesario la leche materna por contener nutrientes y vitaminas que el niño necesita ya que, es necesario para su crecimiento y desarrollo. Según la UNICEF (2012) menciona que:

La leche materna favorece su desarrollo y le da al niño o niña el alimento que necesita para estar bien nutrido. La leche materna contiene los aminoácidos que necesita el normal desarrollo del cerebro. También los protege contra las infecciones y enfermedades. (p. 13)

Es decir, la leche materna es el mejor y único alimento que una madre puede ofrecer a su bebé inmediatamente después de su nacimiento, ya que le proporciona los nutrientes necesarios para su correcto crecimiento y desarrollo, por otra parte, contiene todos los nutrientes completos en una calidad y cantidad fácilmente digeribles y absorbibles, como es típico en la especie humana. Además, la leche materna contiene anticuerpos que protegen contra las infecciones. De la misma forma, en la Ley Orgánica de Salud (2015) en su artículo 17 establece que:

La autoridad sanitaria nacional conjuntamente con los integrantes del Sistema Nacional de Salud, fomentarán y promoverán la lactancia materna durante los primeros seis meses de vida del niño o la niña, procurando su prolongación hasta los dos años de edad. (p. 7)

Es necesario resaltar, que la leche materna es el alimento natural más adecuado para los bebés en los primeros meses de vida y debe adaptarse siempre a las necesidades del bebé. La leche materna proporciona los nutrientes necesarios para un crecimiento y desarrollo adecuados y debe complementarse adecuadamente con otros alimentos seguros.

3.1.1. Características de la tenencia

Es necesario entender cuáles son las características de la tenencia para la determinación de la misma a los progenitores. La doctrina ha señalado diversos caracteres que rodean a la figura jurídica de la tenencia que son las siguientes:

- La tenencia se considera un derecho personalísimo, o

también denominado “*Intuito Personae*”, de manera que únicamente pueden ostentarlo y petitionarlo jurídicamente los titulares del mismo, siendo estos el padre o la madre. En consecuencia, la tenencia no podrá ser reclamada judicialmente por tíos, hermanos u otras personas que no ostenten la calidad de progenitor. Asimismo, el ejercicio de la tenencia se podrá realizar únicamente sobre la persona del hijo o hija.

- La tenencia se caracteriza por ser un derecho restringido, por lo que únicamente se podrá ejercer respecto de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad. La legislación considera que los hijos menores de edad, por su condición legal de incapacidad, necesitan el cuidado de al menos uno de los progenitores.
- La tenencia se determina por ser un derecho divisible, por lo que los padres de consuno podrán determinar el tiempo que el hijo o hija compartirá con ambos padres, propendiendo así al rompimiento del antiguo paradigma de la exclusividad abordado previamente.
- Por último, la tenencia se refiere a la condicionalidad, pues la conducta del progenitor que ostenta la tenencia determinará si continúa con la misma o si la pierde. En consecuencia, la tenencia no es un derecho inamovible ni absoluto. (Vásquez, 2020, párr. 15).

Es decir, que con estas características se puede entender en que consiste la tenencia y como es la administración de justicia puede ordenar un cambio inmediato del régimen de tenencia en miras a la protección del interés superior del hijo o hija; en consecuencia, el establecimiento judicial de la tenencia nunca es definitivo, y puede ser cambiado en cualquier momento para que se transfiera al otro progenitor.

3.2. DEFINICIÓN DE PATRIA POTESTAD

En base a la sentencia 28-15 CC no especifica con claridad que es la patria potestad, por ello, es necesario entender que la patria potestad no es sólo un conjunto de derechos, sino también, de las responsabilidades de los padres hacia sus hijos menores de edad en base al cuidado, crianza, educación, desarrollo integral, protección de derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo con la Constitución y la ley. En la obra “La Patria Potestad” publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México, aducen de manera

general que la patria potestad faculta a los progenitores una serie de atribuciones, derechos y obligaciones para sus hijos, definiéndola como:

La regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil y /o familiar sobre los hijos y sus bienes, implica el reconocimiento de los mismos con el fin proveer a la protección y desarrollo integral de los hijos menores. (UNAM, 2018, p. 151)

Es así que entre las muchas características que pueden surgir de este tema, podemos establecer nociones básicas para comprender su concepto y naturaleza jurídica en los tiempos modernos, así la autora Fiallos (2018) considera que la patria potestad, posee algunas características las cuales son:

- La patria potestad se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.
- Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los excluya de su ejercicio.
- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.
- La patria potestad es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías de protección de los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos. (p. 8)

Con lo cual se puede resumir como una figura jurídica presente en los distintos ordenamientos jurídicos, en el ámbito familiar, es ejercida por los progenitores a sus hijos, con lo cual tienen la obligación de brindar seguridad, protección y asistencia, no siendo transmisible a terceros a menos que por circunstancias legales se les revoque esta potestad, notando que a través de los siglos su concepción continúa, pero con notables cambios y transiciones que han permitido adaptarla al nuevo enfoque de sujetos de derechos y a principios universales como lo es el “Principio de Interés Superior del Niño”. De igual manera, según Gómez (2020), menciona que:

La patria potestad se debe ejercer siempre en beneficio de los descendientes; entre los deberes de los ascendientes se encuentra la obligación de estar con ellos, aunque, en caso de separación de la pareja, puede haber guarda y custodia a favor de uno y régimen de visitas para el otro. No obstante, deben cuidarlos, protegerlos, alimentarlos y educarlos, en corresponsabilidad con el Estado, quien también propicia esta formación. Asimismo, deben procurarles una formación integral,

representarlos legalmente y administrar sus bienes. (p. 208)

Por tal razón, la patria potestad no sólo incluye los derechos parentales, sino también las obligaciones hacia los padres independientes. Las obligaciones de los padres hacia sus hijos independientes en relación con el cuidado, la educación y la crianza incluyen la protección, educación y desarrollo general del niño y la protección de sus derechos y garantías. De igual forma, según Rodríguez y otros (2021) manifiestan que, la patria potestad no “recae únicamente en razón de requerir que los padres tengan autoridad sobre sus hijos, suma el ámbito educativo y psicosocial del menor, además de inmiscuir todo el cuidado y protección para su crianza” (p. 204). En otras palabras, su contenido garantiza un desarrollo transparente y holístico con responsabilidad los progenitores en base a los derechos y obligaciones de los menores de edad, además, deberá existir una relación entre el Estado, la sociedad y la familia, garantizando el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todos los aspectos.

Según esta figura, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia No. 28-15, las declaró inconstitucionales porque el énfasis en la primacía de la madre en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos vulnera el principio de igualdad y a la no discriminación. Por lo tanto, el contenido de esta propuesta debería garantizar el ejercicio igualitario de estos derechos para los progenitores y también, salvaguardar el interés superior del niño; sin embargo, aunque la decisión reconoce la desigualdad y la no discriminación, no analiza la situación del padre, que debería ser de importancia primordial, ya que los derechos del padre deberían estar garantizados, en parte refiriéndose a los estereotipos, el abuso de la custodia y otras situaciones relativas a la madre.

3.3. DIFERENCIA ENTRE TENENCIA Y PATRIA POTESTAD

Entre tenencia y patria potestad no son sinónimos. El primero corresponde al ejercicio de la convivencia diaria, mientras que el segundo hace referencia a los derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos no emancipados, como el hecho de cuidarlos, educarlos, brindarles un techo, comida, vestimenta, independientemente de su relación entre padres y madres en relación con sus hijos. La normativa vigente prevé situaciones en las que se puede perder, suspender o limitar una u otra. Es necesario entender que existe la diferencia entre tenencia y patria potestad dentro de la conceptualización doctrina para el entendimiento de las instituciones jurídicas que se plantea ya en la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional analizada no se encuentra una especificación concreta de cuál es la diferencia de cada una de estas instituciones jurídicas

planteadas.

En tal sentido, la institución jurídica de la tenencia se basa en la asignación del cuidado de los hijos e hijas, en caso que exista un conflicto entre los progenitores. En tal sentido la tenencia trata de situar en un lugar adecuado al menor que busca mediar la permanencia habitual del hijo e hija, otorgándole al padre más idóneo su cuidado. Según Berletta (2018) indica que es:

La figura de la tenencia, además, permite que la patria potestad de los hijos se mantenga entre ambos progenitores, aunque el niño o niña permanezca físicamente con uno de ellos, produciéndose así una ficción jurídica en la que el progenitor que no tiene consigo la tenencia de los hijos pueda y deba estar presente en las decisiones trascendentales de los menores. (p. 40)

Es por ello, que la patria potestad se debe mantener el cuidado de los niños, niñas y adolescentes en efecto la tenencia se podrá resumirse en encontrar una solución adecuada para precisar la situación de sus hijos e hijas que posee un interés superior, que se ejerce a través de los órganos de justicia ya que, son partícipes para la determinación de la tenencia a los progenitores porque son los responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos e hijas.

Además, la tenencia y la patria potestad son dos instituciones distintas ya que cada institución tiene su propia figura para establecer las decisiones de los niños, niñas y adolescentes. Según Murillo (2020) manifiesta que:

La principal diferencia entre patria potestad y tenencia, además de la evidente presencia física y tangible de los hijos, es la inmediatez en el cuidado y la toma de decisiones del progenitor que tiene a cargo la tenencia respecto del que no lo hace; así, el progenitor que convive con el hijo o hija deberá tomar las decisiones inmediatas y no trascendentales de la vida diaria del niño, referentes a la disciplina, actividades escolares, visita a los amigos, etcétera. (p. 46)

Por ende, existe una diferencia bien establecida que manifiesta de forma clara que la tenencia de forma general es la unidad de convivencia del menor, que a diferencia de la patria potestad que es un conjunto de derechos, deberes y obligaciones con los hijos, es donde se toman en cuenta las necesidades de los niños de acuerdo a las instituciones que se está tratando, sin vulnerar el interés superior del niño, ya que tiene que velar por el cuidado

de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En cada institución los progenitores son los responsables de todo relacionado con sus hijos e hijas.

3.4. CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR LA TENENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Se realiza una comparación entre las siguientes legislaciones para la determinación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los progenitores ya que en la sentencia 28-15 manifiesta en la decisión crear un proyecto de reforma en relación a la tenencia y por ello, se hace la comparación con los siguientes países:

3.4.1. Ecuador

Dentro de nuestra legislación las reglas para determinar la tenencia se encuentran en el Código de la Niñez y Adolescencia, el artículo 106 determina las reglas que se deberán seguir para la concreción de la tenencia en uno de sus progenitores, conforme lo establecido en el artículo 118, de manera general entendemos que la sentencia que dicta la tenencia no es ejecutoriada ya que puede cambiar dependiendo la circunstancia, ante esto el autor (Castelo, 2019) considera que una de las mayores connotaciones que considera el juez para interponer o adjudicar la tenencia a uno de sus padres es:

El tiempo de permanencia del menor con el padre que hubiere convivido mayor tiempo encomendando su cuidado a dicho progenitor; y, de manera preferencial y esencial elegirá a la madre para encargar el cuidado de sus hijos menores sin distinguir su sexo en cuanto a los que no han cumplido doce años de edad, de conformidad al artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, concomitantemente el mismo enumerado enuncia los hijos púberes elegirán al progenitor con el cual desean permanecer. (p. 16)

Es decir que, si bien ambos padres poseen las mismas facultades para ejercer el cuidado y protección a sus hijos, el Estado tiene consideraciones que favorecen a la madre, para su cuidado especialmente cuando los niños son menores a 12 años, ya que una vez que pasan esta edad pueden elegir el padre con quien desean vivir, siendo un derecho de ellos el ser escuchados, el juicio que concierne a la elección de tenencia y patria potestad es el sumario, así el código de la niñez y adolescencia en su artículo 106 establece las siguientes reglas:

1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2. \neg A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, ¡salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
3. - Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
4. - Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
5. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y, 6. \neg En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. (CONA, 2020, p 38)

Lo cual se vincula con lo anteriormente establecido, se evidencia que conforme la normativa vigente existe una igualdad formal para ambos progenitores al momento de configurar la tenencia, existiendo una preferencia por la madre en los primeros años, pero sin perjudicar al padre en años posteriores, tomándose en cuenta la opinión del menor, cabe recalcar que en el inciso sexto se abre una brecha de un tutor distinto a los padres cuando estos no pueden hacerse cargo, el mismo que se determinará conforme la ley.

Podemos establecer de manera general que la normativa con respecto a esta figura jurídica en nuestro país es clara y compagina con uno de los principios estipulados en nuestra constitución como es “El principio del Interés superior del Niño”, con lo cual toda decisión debe ser prevista para el cuidado y correcto desarrollo de la niñez y adolescencia, este enfoque no es distinto al que se maneja en distintos países de Sudamérica, donde la tenencia como figura jurídica maneja distintas perspectivas, a continuación analizaremos la concepción de la misma en países vecinos como son Perú, Colombia y Argentina.

3.4.2. Perú

Dentro de la legislación peruana se maneja la misma perspectiva de “Tenencia”, se establece en el código de niños y adolescentes, dentro de su artículo 81 como figura jurídica y alude a un acuerdo entre los padres para definirlo y de no poder hacerlo bajo un

acuerdo, se da la potestad al juez para resolverla, siendo muy similar a la que se encontró dentro del código de la niñez y adolescencia anteriormente expuesto.

De la misma forma a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, las consideraciones que se toman para conceder la tenencia a uno de los padres solo abarcan 3 ítems, las cuales contenidas en el mismo cuerpo legal en su artículo 84 son:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas. En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (Código de los Niños y Adolescentes, 2000, p. 32)

De esta manera, en una breve comparativa, se identifica que en las reglas promulgadas en este ordenamiento no se da mayor importancia a la opinión del menor en ninguna edad, se impone como regla general la tenencia del menor hasta los 3 años (siendo de la madre) e indica que es vital el régimen de visitas, figura que igual se concibe en nuestra normativa pero que no es anunciada en las reglas para de imposición de tenencia, sin embargo en su último inciso igual que en Ecuador, se establece que más allá de las reglas descritas, se buscará como fin último el bienestar de los menores con respecto a la relación familiar e interacción con el progenitor que no obtenga la tenencia.

3.4.3. Chile

Dentro de la legislación chilena de entrada el término es distinto, ya que a la “Tenencia” se le conoce con el nombre de “Tuición”, la concepción y naturaleza es la misma, sin embargo, el nombre se diversifica, es decir, que jurídicamente tiene un mismo enfoque en cuanto al cuidado del menor con sus progenitores, y las reglas para la obtención de la tenencia igual cambian ya que el Código Civil en su artículo 224, determina que:

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea

por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. (Código Civil Chile, 2017, p. 135)

Así en este ordenamiento jurídico, de igual forma que en la legislación peruana se favorece a la madre la tenencia del menor, aclara que en caso de maltrato o descuido se podrá revocar la licencia y entregarla al padre que este más apto, sin embargo, lo interesante dentro de esta ley, es que dicta que si el otro padre no tomo responsabilidad mientras su hijo estuvo con el padre asignado, tampoco podrá ser parte de la tenencia en caso que se le revoque. De igual modo, según Comparini (2019) define a este término como:

La acción o efecto de guardar o defender, y guardar es cuidar, vigilar y defender. Por lo tanto, la tuición es el conjunto de deberes que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley, en relación al cuidado personal de un menor de edad. La otra cara de la moneda de este deber, es el derecho que tiene el tutor de conservar junto con él a dicho menor. (p. 10)

Es por esta razón, la ley señala la relación de la tenencia a los progenitores de los menores de edad, se menciona a que existe una cara negativa sobre el derecho de la tenencia de conservar a uno de los progenitores concederle la tenencia de los niños, niñas y adolescentes. Igualmente, según Castelo (2019) cita a Abeliuk Manasevich y “aduce que la tuición, es el cuidado personalísimo compuesto de deberes y obligaciones, en proporción al cuidado, crianza, salud, corrección y educación de sus hijos menores” (p. 18), abarcando no solo el sentido de protección, sino el desarrollo que trae consigo la realización de diferentes derechos, que por consecuencia logran un correcto proyecto de integral de vida para los menores.

Como se puede evidenciar existen diferencia entre las legislaciones comparadas para la determinación de la tenencia de los menores de edad, dentro de la legislación de Perú se observa que existe un articulado expresando las distintas reglas enfocado solo en la tenencia, sin embargo, menciona que el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre así mismo, en la legislación chilena no se impone tiempo, pero se aduce que de la misma forma la responsabilidad se le confiere a la madre a menos que por acta o acuerdo ambos progenitores decidan que el padre quien deba cuidar a los hijos, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al

otro padre, es por ello, que se realizó la comparación con estos países para realizar un diseño de propuesta específica en el tema de tenencia para implementar al Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.

3.5. Consideraciones para determinar la tenencia

En el estudio del análisis de la sentencia no existe una conceptualización clara de la tenencia y en relación a esto se evidencia que no existen reglas exclusivas para determinar la tenencia, por esa razón, se toma en cuenta las legislaciones comparadas que servirá como orientación para determinar en la nueva legislación las consideraciones para la determinación de tenencia, en este estudio se pone de manifiesto la necesidad de unas consideraciones de tenencia para el diseño de una propuesta para el Código del Niño y del Adolescente en lo que respecta al tema de tenencia en el Ecuador, también existe un dictamen que hizo la Corte Constitucional fue realizar una creación de proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niños, niñas y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia.

Como se mencionó anterior, dado que no existe un ejercicio real de la igualdad sustantiva, formal y la no discriminación en el cuidado parental en el Estado ecuatoriano, se debe optar por medidas que salvaguarden la integridad de los menores, las responsabilidades y derechos de los progenitores, siendo la tenencia la respuesta a esta problemática, por lo cual se han desencadenado características esenciales de dicha institución jurídica, su desarrollo y viabilidad dentro del Ecuador. Basándose en las siguientes consideraciones, será importante tomar en cuenta las diferencias naturales para confiar la tenencia:

La necesidad de que el niño o niña de 0 a 3 años, permanezca con su madre, por cuanto existe una relación parentofilial es importante en el tema de alimentación y desarrollo, por el caso de leche materna, de la misma manera se debe considerar y respetar en lo que acuerden entre los progenitores siempre y cuando no perjudiquen los derechos del hijo o la hija, sin embargo, tratándose de los hijos e hijas que han cumplido doce años, la tenencia se confiará al progenitor que demuestre mejor estabilidad, económica, social y cultural y relacionadas tanto maternofilial y paternofilial y concluimos que hay que tomar en cuenta la responsabilidad parental, ya que, incluye la obligación de ambos progenitores al promover el desarrollo de un

vínculo entre el niño(a) con el progenitor y de esa manera garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Estas consideraciones para la determinación de la tenencia se refieren a la igualdad de los progenitores al momento que tome la decisión el juzgador basándose en las consideraciones establecidas que tiene por objeto, garantizar, a los progenitores a los cuales se les ha encomendado el cuidado de sus hijos menores de edad tienen la obligación jurídica y moral de educarlos, corregirlos y velar por el efectivo goce de sus derechos y de más específicos acorde a su edad.

CONCLUSIONES

A partir de las consideraciones, análisis y argumentos expuestos en el presente trabajo

académico se puede concluir lo siguiente:

El principio de igualdad y no discriminación tiene un amplio campo de aplicación e interpretación, es por ello que, dentro de este principio se analiza las categorías sospechas de discriminación, que se relaciona con las personas que son vulnerables o excluidas de sus derechos y necesitan protección especial en la cual se deberá aplicar de manera adecuada el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación. Por otra parte, este principio en cuanto a jurisprudencia ha logrado tener gran relevancia ya que ha servido como precedente para que se respeten los derechos de las personas, es importante así también, indicar que se observa que a pesar de que estos principios y derechos se encuentren reconocidos por los distintos Estados aún existe la desigualdad y discriminación, en los distintos ámbitos pese a los múltiples esfuerzos realizados, como se ha dejado en evidencia a lo largo de este estudio que incluso en temas amplios como los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación a la tenencia y la normativa que lo regula.

Tras identificar el contenido y alcance de la sentencia 28 – 15 – S/N en la Corte Constitucional, se determina la violación del principio de igualdad y no discriminación frente a la ejecución de la tenencia de menores, ya que se evidencia que se involucra el enfoque de género que sirve para identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de los progenitores, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres. Además, implica a la igualdad de género eliminen la desigualdad histórica y acorten las brechas entre mujeres y hombres de manera que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género, por lo tanto, el alcance de la sentencia del producto final de la investigación es una propuesta de “Ley reformativa del Código de Niñez y Adolescencia” que reforma esta normativa vigente, con la finalidad de que no se vulnere del principio de igualdad y no discriminación.

No existe la determinación de la conceptualización normativa que es diferente entre tenencia se entiende que permite a los progenitores el cuidado de los hijos e hijas, mientras que la patria potestad no es sólo un conjunto de derechos, sino también, de las responsabilidades de los padres hacia sus hijos menores de edad en base al cuidado, crianza, educación, desarrollo integral por lo tanto, las características de una con la otra son distintas, por eso se establece características propias a cerca de la tenencia, por lo tanto, se realizó un derecho comparado con estos países que son: Perú establece que la tenencia de los niños de tres años se le da a la madre, mientras en Chile se toma el tiempo de convivencia entre el hijo con los progenitores. Y se finalizó con las consideraciones para la

determinación de la tenencia para el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.

Dentro de las consideraciones de tenencia en el caso de niños, niñas y adolescentes, a más de considerar el principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y la corresponsabilidad parental, será importante considerar las diferencias naturales como la maternidad debido al lazo biológico que hay entre madres e hijos, pero, sin embargo, el rol del padre también es de importancia para los niños, niñas y adolescentes para el desarrollo integral adecuado.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a los juzgadores antes de conferir la tenencia a cualquiera de los

progenitores se realice el análisis exhaustivo de cada uno para conocer así, cual es el idóneo para asumir dicha responsabilidad de igual manera aplicando el principio de igualdad y no discriminación a los progenitores al momento de terminar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, y de esa manera se garantiza el principio del Interés Superior del Niño.

Se considera que, en caso concreto, tal y como se recoge en la resolución de la Corte Constitucional No.28-15 CC, es necesario no sólo adaptar la legislación, sino también reforzar el sistema jurídico especializado en materia de niños, niñas y adolescentes, con vistas a una toma de decisiones más profesional, teniendo plenamente en cuenta el interés superior del niño y otras disposiciones al efecto.

Y, por último, se recomienda con respecto a la igualdad de género, como primer paso se debería implementar capacitaciones tanto normativas como psicológicas a los jueces con el fin de garantizar la imparcialidad en el momento de tomar decisiones encaminadas a respetar una igualdad de género y priorizar el interés superior del niño. Esto garantizaría una mejor aplicación e interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relativas a la corresponsabilidad parental sin obviar la igualdad de género.

Referencias

Amaya, J. (2016). Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación Suspicious Categories, Poverty and Right to Food. LEX N° 17 - AÑO XIV - 2016 - I / ISSN

2313 – 1861. <file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/1793-7377-1-PB.pdf>

- Castillo, D. (2021). El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales. Comentario de fallo. The right of material equity in occasional service contracts. Judgment Commentary. Revista de Derecho, n.º 35 (enero-junio 2021), 65-84. ISSN: 1390-2466; e-ISSN: 2631-2484. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/2478/2290>
- Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. The right of equality against shared tenure in Ecuador O direito de igualdade contra a posse compartilhada no Equador. Pol. Con. (Edición núm. 69) Vol. 7, No 4 abril 2022, pp. 930-954. [file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/3867-20523-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/3867-20523-1-PB%20(2).pdf)
- Coloma, H. (2014). Principio de igualdad y no discriminación frente a las meretrices como testigos no idóneos. Previo a la obtención del título de abogado. Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Repositorio: UNIANDES. <https://n9.cl/942u6>
- Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (2019). Manual para fortalecer la igualdad y erradicar la violencia de género. Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (p. 17-26). <https://n9.cl/gun7r>
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. <https://n9.cl/hd0q>
- Código Civil Chile, C. C. (2009). Código Civil . Santiago de Chile: Ley 20383.
- Código de los Niños y Adolescentes, C. (2000). CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. PERÚ -LIMA: LEY N° 27337, El Congreso de la República de Perú.
- Comparini, M. (2019). Tuición y derecho de visita en Chile. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Repositotio: PUCC. <https://n9.cl/330yf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

- De la Cruz de Rodríguez, L. (2022). El concepto y los métodos de interpretación jurídica. <https://n9.cl/d9gta>
- De la Rosa Jaimes, V. Una aproximación a la noción de igualdad sustancial. <https://n9.cl/0h8fb>
- Defensoría del Pueblo (2015). El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad humana. <https://n9.cl/n0fjl2> <https://n9.cl/g9pck>
- Declaración de los Derechos Humanos (1948). La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. <https://n9.cl/imy5>
- Fiallos, J. G. (2018). "patria potestad y vínculos afectivos en los adolescentes de primero de bachillerato de la unidad educativa "Mario Cobo Barona" del cantón *AMBATO*". AMBATO: UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.
- Ferre, P. J. (2018). La pérdida de la patria potestad por abandono injustificado y su relación con el principio de corresponsabilidad paternal. Machala: UTMACH.
- García, M. (2019). Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Riobamba: UNACH. <https://n9.cl/sbvpt>
- Gonzales, M. (2020). "Las reformas legales en el sistema Judicial Ecuatoriano en relación con los litigios de tenencia de los hijos". Previo a la obtención del título de Maestría. Ecuador: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil. Repositorio ULVR. <https://n9.cl/ut95s>
- Gomez, P. (2020). El derecho a la propia imagen de niñas, niños y adolescentes frente a las tecnologías de información y comunicación (la responsabilidad que tienen quienes ejercen la patria potestad)* / The right to likeness for children and adolescents in the context of information and communication technologies. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. E - ISSN: 1870 - 2147. nueva época a Vol. 14, núm. 46, Julio-Diciembre 2020 / pp 205-222. <https://n9.cl/vbj82>
- Llanos, B. A. (2018). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. Derecho & Sociedad, 191-197.
- Ley de Salud (2015). Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006. Última modificación: 18-dic.-2015. <https://n9.cl/4kfc>

- Montesdeoca, V. (2017). “El principio de igualdad de derechos y la tenencia de los impuberes en el juzgado “h” la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en el cantón ambato”. Ambato: Universidad Técnica de Ambato. <https://n9.cl/xul5u>
- Murillo, C. & Vásquez, J. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Viabilidade de posse compartilhada de acordo com o bloco de constitucionalidade do Equador. Revista Científica FIPCAEC, 12 (3), 56- 60. <https://n9.cl/7uf4o>
- Navarro, M. Ramos, G. & Cejas M. (2018). El derecho a la igualdad en el ámbito educativo: una perspectiva moderna para la inclusión de la mujer. Right to equality in education: a modern perspective for the inclusion of women. Revista de Derecho. Vol. 7 (2018), pp. 89-104. file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/Dialnet-ElDerechoALaIgualdadEnElAmbitoEducativo-7190606%20(2).pdf
- Navarro, M. (2019). El principio de igualdad y no discriminación de las trabajadoras migrantes: un factor clave en el estudio de género en la sociedad global. Tesis de doctorado. Cataluña: Universitat de Ginora. Repositorio: UDG <https://n9.cl/bkbc>
- Naula, Y. (2022). “La tenencia compartida y la corresponsabilidad paternal”. Ambato: UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.
- Ochoa, A. (2016). “El interés superior del niño en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano: Un estudio del desarrollo, interpretación e incorporación de principios de derechos humanos en Normativa Secundaria, Cortes Superiores y Jueces de Niñez y Adolescencia”. Para obtener el Título de abogado. Ecuador: Universidad San Francisco de Quito. Repositorio Digital USFQ. <https://n9.cl/6riz1>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf
- Peña, L. & otros. (2019). Análisis de la igualdad de derechos desde una visión neoconstitucionalista en Ecuador. Analysis of equal rights from a neo-constitutional vision in Ecuador. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación ISSN 1390-9150/ Vol. 6 / Nro. Especial / Año. 2019 / pp. 902-912. file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/Dialnet-AnalisisDeLaIgualdadDeDerechosDesdeUnaVisionNeocon-8298100.pdf
- Polo, E. (2018). Los principios de aplicación de los derechos en la constitución

- ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. The principles of implementation of rights in the ecuadorian constitution: a view from the doctrine and jurisprudence. Revista de Derecho. Vol. 7, pp. 223-247. <file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/Dialnet-LosPrincipiosDeAplicacionDeLosDerechosEnLaConstitu-7190616.pdf>
- Rodríguez, E. & Otros. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. Parental authority and parental co-responsability: an approach to the shared trend in Ecuador. Revista Universidad y Sociedad, 14(S1), 202-209. [file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/2706-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5296-1-10-20220311%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/HP%20INTEL/Downloads/2706-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5296-1-10-20220311%20(9).pdf)
- Ruiz, R. (2018). El principio de igualdad entre hombres y mujeres. del ámbito público al ámbito jurídico familiar. Previo a la obtención de título de doctora en abogado. <https://n9.cl/sfowc>
- Sepúlveda, M. (2014). Observancia del principio de igualdad y no discriminación en el programa 1 Más Familias en Acción en Colombia. Observance of the principle of equality and non-discrimination in More Families in Action Program in Colombia. vol. 17, núm. 33, pp. 94-107. <https://n9.cl/g1vfg>
- Seco, J. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. cuestiones previas y problemas a revisar from a legal equality to a material equality. Preliminary questions and issues to review. Derechos y libertades DOI: 10.14679/1037 Número 36, Época II, enero 2017, pp. 55-89. <https://n9.cl/w0lfo> <https://n9.cl/19qty>
- Tasigchana, L. (2016). El principio de igualdad en el procedimiento de garantías constitucionales. Previo a la obtención de grado de magister en Derecho Procesal. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Repositorio: UCSG. <https://n9.cl/svgs9>
- UNICEF. (2012). Lactancia materna. La lactancia de la madre es la mejor. <https://n9.cl/2by7>
- UNAM. (2018). La Patria Potestad y Sucesiones. Derecho de Familia, 151-160. Obtenido de <https://n9.cl/fqna7>
- Valdivia, T. (2020). ¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. To suspect in order to

equate? A «strict» scrutiny of the suspect classifications doctrine from the case law of the Peruvian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. Derecho PUCP, N° 84, 2020 / e-ISSN: 2305-2546. <https://n9.cl/6lx26>
<https://n9.cl/m4kd7>

Vásquez, C. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Viability of shared tenure according to the Ecuadorian constitutionality block. <https://n9.cl/06bm7>

Villamarín, K. (2020). Vulneración del principio de igualdad por discriminación de género, dentro de la realidad jurídica laboral ecuatoriana. Análisis de la sentencia NO. 292-16-SEP-CC, emitida por la corte constitucional del Ecuador. Previo a la obtención de grado de Magister en derecho constitucional. Quito: Universidad Tecnológica Iberoamérica. Repositorio: UTI. <https://n9.cl/tli5s>

Zuleta, A. (2019). El principio de igualdad y no discriminación analizada desde la figura de la mujer como sujeto de derechos. RES NON VERBA, ISSN impreso: 1390-6968 □ e-ISSN: 2661-6769, Vol.9, No. 2, octubre de 2019. <https://n9.cl/a82xc>

Anexos

1.1. Sentencia 28-15 CC



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

6. Análisis

119. Respecto a los problemas jurídicos identificados y a los argumentos de los *amici curiae*, esta Corte procede a analizar la constitucionalidad por el fondo de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

6.1. Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad.

120. De los argumentos esgrimidos por los legitimados activos, se observa que la demanda de inconstitucionalidad está dirigida a las reglas para obtener la tenencia.

121. En vista de las alegaciones vertidas en los *amici curiae* y por las partes en la audiencia de 9 de febrero de 2017, es necesario delimitar el alcance de la demanda planteada y la naturaleza de las figuras jurídicas referidas.

122. El Código Civil contempla a la patria potestad como “*el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados (...)*”²¹. Como un avance respecto de la concepción anterior, el CONA establece que:

*[1]a patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.*²²

²¹ Código Civil. Registro Oficial Suplemento N°. 46 de 24 de junio de 2005, artículo 283.

²² Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 105.



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

123. Dentro de los deberes y derechos de ambos padres²³, en lo referente a la patria potestad, se observan dos ámbitos: personal y patrimonial. Ambos se conciben como un sistema de protección en el cual, el primero versa sobre el deber de cuidado, “*asistencia física, moral y educación*”; mientras que el segundo comprende los deberes y facultades de representarlos y administrar sus bienes.²⁴
124. De acuerdo con la Constitución, en concordancia con el Código Civil, el padre y la madre **de forma conjunta**, deben velar por las obligaciones familiares y la protección de los intereses de NNA²⁵, incluso cuando exista separación o divorcio.
125. Es decir, la separación de derecho de los padres o su separación *de facto* no pone fin a la patria potestad de ambos, ya que ésta es la consecuencia de un vínculo parento-filial que genera una relación jurídica directa y que no depende de la unión de los progenitores.²⁶
126. Por ello, el artículo 118 del CONA dispone que se puede confiar el cuidado y la crianza a uno de los progenitores sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.
127. El encargo judicial de la tenencia, por su parte, es la situación por la cual los NNA se encuentran bajo el cuidado de uno de los padres²⁷. En otras palabras, es:
- el conjunto de derechos – función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo*²⁸.
128. De conformidad con la normativa vigente en el Ecuador, en el contexto de divorcio o separación, el encargo judicial de la tenencia se atribuye a uno de los progenitores y se establece un régimen de visitas para el otro. Por ello, el artículo 118 del CONA prescribe que la tenencia procede:

²³ Cabe aclarar que la referencia de madre y padre también tiene un alcance a todo tipo de conformación familiar en la que existen adultos encargados de la crianza de NNA, independientemente de su sexo.

²⁴ Marcela Acuña San Martín. “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28/1, 2015. Págs. 55-77. Asimismo, lo han entendido Rebeca Jara y Yolanda Gallegos al establecer que por la patria potestad padre y madre “*tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*”. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 341.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 69, número 5; artículo 83, número 16; y, artículo 333. Código Civil. Registro Oficial Suplemento N°. 46 de 24 de junio de 2005, artículo 307.

²⁶ Sobre esto, es importante recalcar que la tenencia no limita, revoca, o disminuye la patria potestad de quien no la ejerce.

²⁷ Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Chunga la Monja. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435.

²⁸ Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435. Doctrinariamente se lo conoce como “*deber de convivencia o unidad de domicilio*”, ya que supone la proximidad física con los NNA. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Fermín Chunga Lamónja. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Págs. 435 y 436.



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

1. Regla: en caso de desacuerdo entre los progenitores, existirá una preferencia materna; y,

2. Condición: salvo que se **pruebe** que la regla es perjudicial para los NNA, la tenencia seguirá confiándose a la madre.

134. En similar sentido, el número 4 del artículo referido plantea:

1. Regla: preferencia materna cuando ambos, padre y madre, demuestren igualdad de condiciones; y,

2. Condición: siempre que la preferencia materna no afecte el interés superior de NNA³⁴.

135. En síntesis, la norma impugnada se refiere al encargo judicial de la tenencia. Esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a falta de acuerdo entre progenitores, es exclusiva de uno de ellos, prefiriendo la norma siempre la tenencia materna.³⁵

136. Existen otros modelos de tenencia, como la coparentalidad o tenencia compartida³⁶, la cual consiste en *“un modelo de organización (...) que descansa, precisamente, en la alternancia más o menos frecuente de la residencia del hijo”*³⁷.

- iv. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- v. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
- vi. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113;
- vii. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.
- viii. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

³⁴ Además de norma impugnada, se referirá a lo largo del proyecto como regla de la preferencia materna a ambos numerales –2 y 4 del artículo 106 del CONA-.

³⁵ “Conforme a ella, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole el cuidado directo que dicha convivencia exige”. Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37.

³⁶ Para efectos de esta sentencia se tratará a la coparentalidad y tenencia compartida como una misma institución, como lo han considerado Rebeca Jara y Yolanda Gallegos: “en cuanto a la “Custodia o tenencia Compartida”-también denominada coparentalidad (...)”. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima: 2011. Págs. 436.

³⁷ Según Lathrop, esta puede ejercerse de tres formas: (i) a través de dos residencias en las que existe una principal, “con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo”; (ii) estableciendo previamente “lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres”; y, (iii) escogiendo una residencia permanente para el NNA donde los padres deberán



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

137. La corresponsabilidad parental no debe ser confundida con la tenencia compartida. Si bien ambas se relacionan; la corresponsabilidad parental “*consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos*”³⁸. Desde esta perspectiva, se observa al padre y a la madre como socios parentales.
138. A pesar de que la corresponsabilidad es uno de los elementos de la coparentalidad, la primera puede ser ejercida sin la última.³⁹ Es decir, el reparto equitativo de derechos y deberes, si bien se asocia con la coparentalidad, puede y debe ser ejercido aún a falta de ella.
139. En conclusión, la norma impugnada versa sobre dos reglas para encargar la tenencia. Tanto el numeral 2 como el 4 del artículo 106 del CONA suponen una regla y una condición. La regla es la preferencia materna, y la condición el interés superior de NNA. 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 y no discriminación y al interés superior de NNA.

6.2. ¿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?

trasladarse en periodos equitativos; “*es decir, existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores (conocido como “modelo de anidación”)*”. De esta manera, facultaría “*a ambos progenitores a participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados*”. Fabiola Lathrop. “*Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37.

³⁸ Fabiola Lathrop. “*Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37; Marcela Acuña San Martín. “*El principio de corresponsabilidad parental*”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013. Págs. 21-59. Además, supone la “*articulación de tareas “productivas” y “reproductivas” desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres*”. Verónica Gómez Urrutia y Andrés Jiménez Figueroa. “*Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género*”. *Polis Revista Latinoamericana*, 2015. Págs. 1-17.

³⁹ “*Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables*”. Marcela Acuña San Martín. “*El principio de corresponsabilidad parental*”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 40, 2013. Págs. 21-59.

28



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

estricto. Es decir que, en el ejemplo mencionado se debe analizar si, (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea **perfectamente** diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad⁶².

152. Por otra parte, si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-hombre, la cual constituye una categoría protegida, el uso del test de proporcionalidad debe tener un menor rigor, por lo que, en el ejemplo se debe analizar si (i) la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y, (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
153. La norma impugnada establece un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como lo es el sexo, en lo referente a la mujer. En cuanto al sexo y a la clasificación mujer, este grupo (a) está sujeto a discriminación⁶³; (b) el grupo ha sido históricamente discriminado⁶⁴ en mayor grado; y, (c) los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variar ni con la voluntad de la persona. Por otra parte, en cuanto a la clasificación sexo, hombre, esta no recae en ninguno de los factores mencionados, por lo que no existe un alto grado de probabilidad de discriminación, limitándose a encasillarse en una categoría protegida.
154. En vista de esto, en el primer escenario se debe proceder a evaluar la norma con un escrutinio estricto; mientras que, en el segundo escenario, se debe proceder a evaluar la norma con un escrutinio medio.⁶⁵
155. Ahora bien, por lo expuesto se procederá a realizar un examen de la norma impugnada con base en tres elementos: (i) la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; (ii) la constatación si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el número 2 del artículo 11 CRE; y, (iii) la verificación de si la

⁶² Un ejemplo de esto es la sentencia 1290-18-EP/21 de 20 de octubre de 2021.

⁶³ Vid. CETFDM. "Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones".

⁶⁴ "La igualdad de género parte del reconocimiento de que históricamente las mujeres han sido discriminadas y es necesario llevar a cabo acciones que eliminen la desigualdad histórica y acorten las brechas entre mujeres y hombres de manera que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género, tomando en cuenta que la desigualdad que de facto padecen las mujeres puede agravarse en función de la edad, la raza, la pertenencia étnica, la orientación sexual, el nivel socioeconómico, entre otros". Organización de Naciones Unidas Mujeres. La Igualdad de Género. 2015. Pág. 3.

⁶⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, "Principio de proporcionalidad.- (...) Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional." Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, párr. 74.



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

*respectivamente. Son estereotipos socialmente dominantes y socialmente persistentes, que se reflejan, implícita o explícitamente (...).*⁷¹

167. Por otra parte, el rol de género ha sido entendido, de forma general, como los:

*papeles, expectativas y normas que se espera que las mujeres y los varones cumplan en una sociedad, los cuales son establecidos social y culturalmente, y que dictan pautas sobre la forma como deben ser, sentir y actuar unas y otros dependiendo en principio, del sexo al que pertenecen.*⁷²

168. Si bien los roles de género pueden variar con relación a la cultura, todavía persiste una atribución de características y un enfoque maternal y doméstico⁷³, en lo referente a la

⁷¹ Comisión IDH. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63., de 9 diciembre de 2011, párr. 203 y 266. Por otra parte, la Corte IDH ha dispuesto que “En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso.” Corte IDH. Caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401. En sentido opuesto, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (“CEDAW”) define a la igualdad de género como la habilidad de “todos los seres humanos, sin importar su sexo, de ser libres de desarrollar sus competencias personales, perseguir sus carreras profesionales y tomar decisiones sin las limitaciones establecidas por estereotipos, roles rígidos de género, y prejuicios”. Por lo que, “los Estados están obligados a perseguir este objetivo mediante una política inmediata, comprehensiva y multisectorial con miras a la eliminación de la discriminación contra la mujer”. Comisión IDH. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59., de 3 noviembre 2011, párr. 24.

⁷² Alicia Saldivar Garduño, Rolando Díaz Loving, Norma Elena Reyes Ruiz, Carolina Armenta Hurtarte, Fuensanta López Rosales, Mayra Moreno López, Angélica Romero Palencia, Julita Elemí Hernández Sánchez y Miriam Domínguez Guedea. “Roles de Género y Diversidad: Validación de una Escala en Varios Contextos Culturales”. *Acta de investigación psicológica*, 5/3, 2015. Págs. 2124-2147. La Organización Mundial de la Salud define a los roles de género como: “construcciones sociales que conforman los comportamientos, las actividades, las expectativas y las oportunidades que se consideran apropiados en un determinado contexto sociocultural para todas las personas. Además, el género hace referencia a las relaciones entre las personas y a la distribución del poder en esas relaciones (...) El género guarda relación con las categorías del sexo biológico (hombre y mujer), no se corresponde forzosamente con ellas”. Organización Mundial de la Salud. “Género y salud”. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>. Asimismo, la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 298, explicó que “[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz (...)” (énfasis agregado). Posteriormente, en el mismo caso, la Corte IDH indicó que: “La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos.” *Ibidem*, párr. 302.

⁷³ Datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (“INEC”) muestran que:



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

- 2. Declarar** 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”*.
- 3. Disponer** que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia.
 - i.** La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.
- 4. Disponer** que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, 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, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 *supra*.
 - i.** La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo.
- 5. Disponer** que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.
 - i.** Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.
- 6. Disponer** que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el cumplimiento de la disposición, ambas



Sentencia No. 28-15-IN/21
Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet

instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.

7. Disponer que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente 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. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.

8. Disponer que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de la publicación en el sitio web institucional.

9. Notifíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN
BOLIVAR
SALGADO
PESANTES
Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Firmado digitalmente
por LUIS HERNAN
BOLIVAR SALGADO
PESANTES
Fecha: 2021.12.10
09:29:12 -05'00'

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Ali Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en sesión ordinaria de miércoles 24 de noviembre de 2021; la Jueza Constitucional Daniela Salazar Marín no consigna su voto en virtud de la excusa presentada en la causa, la misma que fue aprobada en sesión de 07 de abril de 2021.- Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI
Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

Firmado
digitalmente
por AIDA
SOLEDAD
GARCIA BERNI