



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA**

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21 DICTADA POR LA  
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN RELACION A  
LA PATRIA POTESTAD.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA  
REPUBLICA**

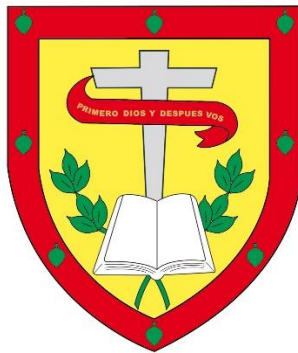
**AUTORA: ANDREA SAMANTHA MONTALEZA NEIRA**

**DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.**

**CUENCA-ECUADOR**

**2023**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**



# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

TEMA

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21 DICTADA POR LA CORTE  
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN RELACION A LA PATRIA  
POTESTAD.

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO  
DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**AUTORA: ANDREA SAMANTHA MONTALEZA NEIRA**

**DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.**

**CUENCA - ECUADOR**

**2023**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

# DECLARATORIA DE AUTORIA



Universidad  
Católica  
de Cuenca

## DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

CÓDIGO: F – DB – 34  
VERSION: 01  
FECHA: 2021-04-15  
Página 1 de 1

### Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

**Andrea Samantha Montaleza Neira** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0104206875. Declaro ser el autor de la obra: "ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21 DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN RELACION A LA PATRIA POTESTAD", sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 15 de febrero de 2023



F: .....

**Andrea Samantha Montaleza Neira**

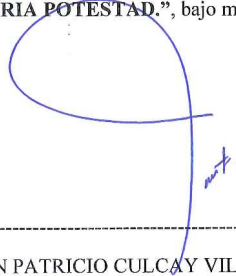
C.I. 0104206875

## CERTIFICO



### CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por ANDREA SAMANTHA MONTALEZA NEIRA , con el Tema “ANALISIS DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21 DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN RELACION A LA PATRIA POTESTAD.”, bajo mi supervisión.



DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.

Docente-Tutor

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de titulación está dedicado a Dios ya que sin el nada sería posible, a mis padres, hermana y sobrinos quienes son parte fundamental de este proceso llenándome de amor, fortaleza y apoyándome ante cualquier circunstancia que hemos tenido, es por ustedes que hoy logro culminar esta meta.

De igual forma dedico este trabajo a mi abuelita Charito y demás familia por su amor brindado durante este camino.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecida infinitamente con mis padres Miguel y Carmita por su esfuerzo, amor y sacrificio a lo largo de este camino, a mi hermana María Augusta por ser mi confidente y mi apoyo incondicional en toda circunstancia, a mis sobrinos Daniel y Emilia por ser mi motivación e inspiración además de ser mis cómplices en esta meta.

De igual forma a mi pilar fundamental mi abuelita Charito que ha estado pendiente de todo este proceso.

A mi docente tutor el Dr. Iván Culcay Villavicencio quien ha estado presente durante mi vida universitaria, quien me ha brindado su tiempo y conocimiento para poder culminar este trabajo de titulación.

Mi más sincero agradecimiento al Abg. Leonardo Morales Ordoñez y al Dr. Carlos Palacios Urgirles quienes me han brindado su conocimiento, acompañamiento, apoyo y paciencia para poder culminar este trabajo de titulación.

Por último, a mi amiga Daniela Pantosin que ha estado apoyándome durante toda mi carrera universitaria, mi gratitud infinita.

## RESUMEN

La patria potestad es una figura jurídica regulada en la legislación ecuatoriana. La Constitución de la República no aborda directamente la patria potestad, referente a los derechos de la niñez y adolescencia, pero el artículo 69 promueve la maternidad y paternidad responsable y la obligación del cuidado. Con esta investigación se hará un análisis a la sentencia 28-15-IN-21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador frente a la vulneración de los derechos y el interés superior del menor, mediante un estudio bibliográfico y observatorio para brindar conocimientos se llegó a las siguientes conclusiones: La inaplicabilidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA establecen circunstancias en las que se considera que el menor ha sido abandonado, esta vulnera el interés superior del menor. En lo que respecta a la aplicabilidad de la Sentencia 28-15-IN-21 en la Patria Potestad se debe fomentar un fallo determinado en esta sentencia, ya que añade fundamentos que antiguamente contenía la figura jurídica de la patria potestad, ya que se entendía como el derecho exclusivo del padre, lo que causaba un perfil de desigualdad entre padres e hijos; y padres y madres.

**Palabras Claves:** No discriminación, corresponsabilidad parental, interés superior, patria potestad, igualdad.

## ABSTRACT

Parental authority is a legal figure regulated in Ecuadorian legislation. The Constitution of the Republic does not directly address parental authority over the rights of children and adolescents, but Article 69 promotes responsible parenthood and the obligation of care. With this research, an analysis of sentence 28-15-IN-21 issued by the Constitutional Court of Ecuador regarding the violation of the rights and the child's best interest will be made through a bibliographic study and observatory to provide knowledge. The following conclusions were reached: the inapplicability of paragraphs 2 and 4 of Article 106 of the CONA establishes circumstances in which the minor is considered to have been abandoned, violating the child's best interests. Regarding the applicability of Ruling 28-15-IN-21 in parental authority Patria Potestad, a specific ruling should be encouraged in this judgement since it adds fundamentals that formerly contained the legal figure of the custody as it was understood as the exclusive right of the father, which caused a profile of inequality between fathers and children; and fathers and mothers.

**Keywords:** Non-discrimination, parental co-responsibility, best interests, parental authority, equality

## INDICE

DECLARATORIA DE AUTORIA .....	I
CERTIFICO .....	II
DEDICATORIA .....	III
AGRADECIMIENTO .....	IV
RESUMEN .....	V
Palabras Claves: .....	V
ABSTRACT.....	VI
Keywords: .....	VI
Índice .....	VII
INTRODUCCIÓN .....	1
OBJETO DE ESTUDIO .....	4
OBJETIVO GENERAL.....	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS. ....	5
CAPITULO 1 .....	6
ANÁLISIS DE LA INAPLICABILIDAD DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. ....	6
1.1. Patria Potestad.....	6
1.1.1. Concepciones Generales .....	6
1.1.2. La Patria Potestad En La Legislación Internacional .....	7
1.1.3. La Patria Potestad En La Legislación Nacional.....	11
1.2. Tenencia.....	22
1.2.1. Concepciones Generales .....	22
1.2.2 Naturaleza Jurídica y Procesos Judiciales de la Tenencia .....	24
1.2.3. La Tenencia En La Legislación Internacional .....	26

1.2.4. La Tenencia en la Legislación Nacional.....	27
1.2.5 Tenencia Compartida: Proyecto de Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	30
1.3. Inaplicabilidad de los Numerales 2 Y 4 del Artículo 106 del CONA Frente a la Tenencia y Patria Potestad.....	32
1.3.1. Relación Entre Tenencia Y Patria Potestad .....	33
1.3.2. Régimen de Preferencia Materna en la Tenencia y Patria Potestad.....	35
CAPITULO 2.....	36
PRIORIDAD DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.....	36
2.1. Principio de Interés Superior.....	36
2.1.1. Concepciones Generales .....	37
2.1.2. El Interés Superior del Menor dentro de la Legislación Internacional .....	38
2.1.3. El Interés Superior en la Legislación Nacional.....	42
2.1.3.1 Vulneración del Principio del Interés Superior del Menor .....	45
2.2. El Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental.....	46
2.2.1. Concepciones Generales .....	46
2.2.2. El Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental en la Legislación Internacional .....	48
2.2.3 El Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental en la Legislación Nacional. ....	49
2.3. Inaplicabilidad de los Numerales 2 y 4 del Artículo 106 del CONNA frente al Interés Superior y el Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental .....	52
2.3.1. Régimen de Preferencia Materna en el Principio de Interés Superior, el Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental .....	52
2.3.2 Relación entre el Principio de Interés Superior, el Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental .....	54
CAPITULO 3.....	55

IMPLICACIONES HACIA LA PATRIA POTESTAD CON LA RESOLUCIÓN DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21 .....	55
3.1. Análisis de la Sentencia 28-15-In-21 .....	55
3.1.1 Argumentos respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia .....	56
3.1.2 Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.....	58
3.1.3 Argumentos de la Procuraduría General del Estado respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.....	58
3.1.4 Argumentos de la Presidencia de la República del Ecuador respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia .....	59
3.1.5 Argumentos de los <i>Amici Curiae</i> respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.....	59
3.1.6 Argumentos y resolución de la Corte Constitucional .....	61
CONCLUSIONES .....	66
RECOMENDACIONES.....	68
BIBLIOGRAFÍA .....	69
ANEXOS .....	76

## INTRODUCCIÓN

La patria potestad es una figura jurídica que se encuentra regulada y controlada en la legislación ecuatoriana. La Constitución de la República, aunque no contempla directamente la figura de Patria Potestad, referente a los derechos de la niñez y adolescencia, promueve la maternidad y la paternidad responsables; señala la obligación de los progenitores al cuidado, , desarrollo integral y protección de los derechos de las hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 69). De igual manera, el Estado protegerá a las madres y a los padres en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas, tanto como promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 69).

El Código Civil (2005, art. 283) define a la Patria Potestad como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados. Estableciendo el término hijos de familia para aquellos no emancipados de cualquier edad y a los padres en relación a ellos como “padres de familia”.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 105 hace referencia no solo al conjunto de derechos, sino también al conjunto de obligaciones que los padres tienen frente a sus hijos e hijas no emancipados, referente al cuidado, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 105).

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia el cual regula las Reglas para confiar el ejercicio de la Patria Potestad:

2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; 4. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 106).

La figura de la patria potestad en el derecho romano, proviene del término de origen latín: *patria potestas* que significa autoridad paterna; en este sentido, el rol principal lo ejercía el padre con poder e influencia de tal manera que podía disponer de sus hijos e hijas con el fin de venderlos, alquilarlos, juzgarlos, condenarlos y disponer de sus bienes (Suárez, 2014).

Al transcurrir el tiempo y al desarrollarse los Derechos Humanos, el poder de los padres hacia los hijos se fue atenuando, de tal manera que hoy en día se reconoce el interés superior del niño frente a sus progenitores, sin menosprecio de sus derechos y obligaciones como padres (Suárez, 2014).

En la legislación ecuatoriana se encuentran diferentes problemas jurídicos que dificultan la interpretación y la aplicación de la patria potestad, se sugiere la incoherencia entre el artículo 113 y el 270 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), donde dentro de las causales de la privación de la Patria Potestad, a pesar de exigir la diligencia preparatoria, el artículo 113 omite la ausencia injustificada. De igual forma existe una incoherencia entre el artículo 270 del Código de niñez y adolescencia, referente a la ausencia del padre, la cual según el numeral cuarto es: “la ausencia injustificada de padre, madre o ambos, según corresponda” (Código de la Niñez y Adolescencia,

2014, art. 270). Sin embargo, si se remite al artículo referente a la privación de la patria potestad, se puede percatar que la causal que expresa el artículo 270, inciso cuarto, no existe, puesto que no está prevista en las causales de privación establecidas en el artículo 113 del CONA, tal como se puede ver a continuación:

La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos: 1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija; 2. Abuso sexual del hijo o hija; 3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; 4. Interdicción por causa de demencia; 5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija. Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adaptabilidad del niño, niña o adolescente (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 113).

En la sentencia 28-15-IN-21 (2021), se ha declarado la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, los cuales se han observado que son contrarios al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, además del derecho a la igualdad y a la corresponsabilidad parental, pues de una u otra forma se ha hecho una discriminación a los padres, ya que se ha otorgado la tenencia del menor directamente a la madre confiándole el cuidado y crianza de los hijos a pesar de que ambos estén en las mismas condiciones y derechos; de esta manera se puede concluir que no se establece igualdad por el hecho de

otorgarse la tenencia a la madre y fijar un régimen de visitas para el padre. Con la resolución de la sentencia 28-15-IN-21, se podrá confiar al padre la tenencia del hijo e hija en caso de ser la mejor opción en pro del interés superior del menor, y de ser otro caso, la misma podrá ser compartida.

Esta situación es fundamental considerando que en el Ecuador, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (2022), en el año 2021, hubo alrededor de cincuenta y seis mil novecientos veinte y un matrimonios, y veinte y dos mil cuatrocientos ochenta y ocho divorcios considerándose como uno de los mayores problemas sociales y psico familiares. Además, se debe considerar el hecho de que en los casos que se resuelven la tenencia, el 92% corresponde a las mujeres y solo un 8% le corresponde al hombre.

Es por ello que con esa investigación se hará un análisis de la sentencia 28-15-IN-21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, frente a la vulneración de los derechos respecto a la patria potestad, tenencia, igualdad, corresponsabilidad parental, interés superior del menor.

## **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

La sentencia 28-15-IN-21 que resuelve la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia por parte de la Corte Constitucional ¿efectiviza la patria potestad con el reconocimiento del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, el derecho a la igualdad, y la corresponsabilidad parental sin vulnerar ningún derecho?

## **OBJETO DE ESTUDIO**

La efectividad de declarar inconstitucional los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en la sentencia 28-15-IN-21 respecto a la patria potestad.

### **1. CAMPO DE ACCIÓN.**

- Constitución de la Republica.
- Código de la Niñez y Adolescencia.
- Código Civil
- Doctrina.

## **2. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DE LA CARRERA.**

### **Línea:**

Derechos, política, justicia, comunicación y participación.

### **Sub Línea:**

Derechos y Garantías Constitucionales y Familia.

### **OBJETIVO GENERAL.**

Analizar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA en la sentencia 28-15-IN-21 para la patria potestad.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Analizar la inaplicabilidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.
- Describir la prioridad del principio de interés superior del menor, del derecho a la igualdad y de la corresponsabilidad parental.
- Determinar las implicaciones hacia la patria potestad con la resolución de la sentencia 28-15-IN-21.

## CAPITULO 1

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

#### 1.1. Patria Potestad

##### 1.1.1. Concepciones Generales

El concepto de patria potestad se origina en el Derecho Romano, el cual ha sufrido varios cambios a lo largo de los años. La patria potestad se otorgaba legítimamente al ascendiente de mayor edad sobre el menor, que cultural e históricamente era patriarcal, pues el hombre de familia elegía a la esposa y madre de sus descendientes, concomitante al hecho de que sobre él reposaba el poder de los bienes comunes; así las mujeres no tenían derechos sobre los hijos, solo cumplían la labor del cuidado del hogar (Olabarrieta, 2019).

Con el Código de Napoleón, que surge en el siglo XIX, se toma referencia al *Autorite Paternelle* (autoridad parental), basado en los derechos de usufructo, vigilancia y corrección del hijo o hija. De acuerdo a este código, mientras existía la figura del matrimonio, el sentido de patria potestad recaía absolutamente en el padre y ante la ausencia de éste, así y solo así se la otorgaba a la madre, siempre con la finalidad de velar por el interés de los menores (Alonso, 2021).

Hoy en día, el concepto de Patria Potestad es reconocido globalmente como una institución que vela por el cuidado integral de niños, niñas y/o adolescentes; además representa un término jurídico que determina la responsabilidad de los progenitores o ascendientes hacia la protección, cuidado y provisión de los menores hasta que cumplan los 18 años o hasta que se emancipen (Chuquilin y Vásquez, 2021).

En otras palabras, la patria potestad es la representación legal del menor a cargo de ambos progenitores o de alguno de ellos; y en caso de la ausencia de los progenitores, a cargo de uno de los ascendientes del menor hasta su mayoría de edad.

Ahora bien, al hablar de patria potestad es preciso señalar su carácter intransferible, es decir la imposibilidad de que pueda otorgarse o transferirse a otra persona, tanto como su carácter irrenunciable por el cual los padres se ven impedidos a no cumplir con sus obligaciones; simultáneamente se puede hablar de un tercer carácter, la imprescriptibilidad la cual denota la incapacidad de que se pierda con el paso del tiempo.

La patria potestad conlleva varias implicaciones dentro de un proceso penal o civil de familia, una de ellas es la de la idoneidad; en este caso si se considera que los progenitores o los parientes no son idóneos por el incumplimiento de la responsabilidad en el cuidado del menor, es el estado quien asume la obligación de la protección y seguridad del mismo. De la misma manera, figura la privación, suspensión o la inhabilitación de la patria potestad considerada como una medida de restricción hacia los derechos de los progenitores respecto al menor quien tiene la preferencia por el interés superior (Arias, 2022).

### **1.1.2. La Patria Potestad En La Legislación Internacional**

#### **1.1.2.1 La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN)**

La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989), es un tratado internacional que tiene como objetivo proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ha sido ratificada por más de 190 países en todo el mundo (ACNER, 1990). Una de las disposiciones más importantes de la CIDN respecto a la patria potestad, es determinar la

responsabilidad y autoridad del padre o tutor para tomar decisiones sobre el cuidado y crianza de un niño; establece la importancia del interés superior del menor en la toma de decisión institucional (Artículo 3), insta a los Estados Partes asegurar la protección y cuidado, pero en consideración con los derechos y deberes de los padres o tutores y respeta el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (Artículo 9) y garantiza la libertad de expresión u opinión del menor en los asuntos que le afectan (Artículo 12) .

Art. 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 3).

Art. 9.- 1. 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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (UNICEF, 1989, art. 9).

Art. 12.- 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (UNICEF, 1989, art. 12).

### **1.1.2.2 Código de Derecho Internacional Privado**

Al igual que la CIDN, el Código de Derecho Internacional Privado (1928), o también llamado “Código de Bustamante”, es un tratado internacional que tiene como objetivo proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El Capítulo VII, respecto a la patria potestad señala

la responsabilidad parental que incluye la garantía de la existencia, el bienestar general de los menores y la facultad de tomar decisiones en su nombre en asuntos que afecten a su persona y sus bienes; al igual que establece las causales para terminar y restaurar la patria potestad, para restringir el derecho de los padres a castigar a sus hijos.

Art. 69.- Están sometidas a la ley personal del hijo la existencia y el alcance general de la patria potestad respecto de la persona y los bienes, así como las causas de su extinción y recobro y la limitación por las nuevas nupcias del derecho de castigar (Código Bustamante, 1928, art. 69).

Art. 70.- La existencia del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio, se someten también a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren (Código Bustamante, 1928, art. 70)

Artículo 71. Lo dispuesto en el artículo anterior ha de entenderse en territorio extranjero sin perjuicio de los derechos de tercero que la ley local otorgue y de las disposiciones locales sobre publicidad y especialidad de garantías hipotecarias (Código Bustamante, 1928, art. 71).

Artículo 72. Son de orden público internacional las disposiciones que determinen la naturaleza y límites de la facultad del padre para corregir y castigar y su recurso a las autoridades, así como las que lo priven de la potestad por incapacidad, ausencia o sentencia (Código Bustamante, 1928, Art. 72)

En este sentido, el Código de Derecho Internacional Privado (1928), reconoce a la patria potestad como una institución jurídica que protege el bienestar y el desarrollo integral de los hijos menores de edad, con prioridad en el interés superior del niño.

### **1.1.3. La Patria Potestad En La Legislación Nacional**

#### **1.1.3.1 Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República (2008), aborda el concepto de patria potestad en garantizar la protección de los derechos de los menores, señalando a los padres como los principales sujetos de vigilancia a pesar del estado en el que se encuentren, sean casados, separados, legalmente divorciados y aunque tomen rumbos distintos.

Así mismo, la Carta magna, en su capítulo tercero, sección quinta, artículo 44, garantiza que el Estado conjuntamente con los padres, se harán cargo del menor, ofreciendo garantía a una vida digna, con prioridad a sus derechos e intereses; mientras que el artículo 45 garantiza el respeto a los derechos inherentes al ser humano, pero también con la especificidad de los derechos conforme a la edad de los sujetos:

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. 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 44).

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 45)

### **1.1.3.2 Código Civil Ecuatoriano**

El Código Civil Ecuatoriano, por su parte, en el título XII, define a la patria potestad como

“el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Código Civil, 2005, art 283).

Al igual que el Código de la Niñez y Adolescencia lo define como

“no es solo derechos, si no son obligaciones que los padres tienen con los hijos” (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 105),

De esta forma se puede entender a la Patria Potestad como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres con sus hijos, de manera corresponsable en todas las áreas sobre la vida personal de cada menor, incluyendo en la administración de sus bienes.

El Código Civil Ecuatoriano (2005) en el artículo 284, manifiesta que los hijos que tengan un trabajo o que ejerzan un cargo público ya no estarán bajo el cuidado de sus padres.

Art. 284.- La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo (Código Civil, 2005, art 284).

Los artículos 286 al 298 del Código Civil Ecuatoriano (2005), manifiestan las responsabilidades de los padres como administradores respecto al usufructo de los hijos y los lineamientos en cuanto al manejo de los bienes, donaciones, herencias, contratos, etc. que correspondan al menor; así como también señala el derecho de otorgársele un curador al menor en el caso de la imposibilidad de los progenitores.

Los artículos 299 al 302 del mismo cuerpo legislativo, otorgan lineamientos a seguir en caso de litigios o demandas respecto al menor de edad bajo la tutela de los representantes; en estos casos,

el juez otorgará la autorización y los respectivos decretos. La responsabilidad de los progenitores que ejerzan la patria potestad es representar al hijo y facilitar la ayuda necesaria para la defensa del menor:

Art. 301.- En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre o a la madre que ejerza la patria potestad, para que represente al hijo en la litis. Si el padre o la madre que ejerza la patria potestad no pudiere o no quisiere prestar su representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis (Código Civil, 2005, art 301).

Art. 302.- No será necesaria la intervención paterna para proceder penalmente contra el hijo; pero el padre o la madre que ejerza la patria potestad estará obligado a suministrarle los auxilios que necesite para la defensa (Código Civil, 2005, art 302).

El Código Civil Ecuatoriano (2005), en sus artículos 303 al 307, expresan los causales para la pérdida o suspensión de la patria potestad en concordancia con los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia, así el juez será quien, a conocimiento del caso, ordene la suspensión. El padre o madre que este libre y no le haya declarado un juez la pérdida o suspensión de la patria potestad será quien pase a tenerla. El padre o madre que no lleve una vida digna, de igual forma perderá la patria potestad. El padre o madre que va a tener la patria potestad es quien se haya quedado con el menor en el caso de separación o divorcio a menos que luego haya un acuerdo de ellos.

Art. 303.- Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el código de la niñez y adolescencia (Código Civil, 2005, art. 303).

Art. 304.- La suspensión de la patria potestad deberá ser ordenada por el juez con conocimiento de causa y después de oír a los parientes del hijo (Código Civil, 2005, art. 304).

Art- 305.- En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos no emancipados, le reemplazará aquél respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad (Código Civil, 2005, art. 305).

Art 306.- El padre o madre que llevaren una vida disoluta perderán la patria potestad (Código Civil, 2005, art. 306).

Art. 307.- En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa (Código Civil, 2005, art. 307).

### **1.1.3.3 Código de la Niñez y Adolescencia**

El Código de la Niñez y Adolescencia (2014), en sus artículos 104 al 117 se detiene a describir la Patria Potestad desde su concepto, implicando el tema de derechos y responsabilidades respecto a los hijos y padres respectivamente en concordancia con los demás cuerpos legislativos, sobre todo con el Código Civil:

Art. 104.- Régimen legal. Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 104)

Art 105.- Concepto y contenidos. La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 105)

El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), enfatiza en la observación por parte del Juez para la toma de decisiones respecto a esta, en una serie de reglas que incluyen escuchar al niño, niña o adolescente, respetar el acuerdo de los progenitores, otorgarlo a la madre si no hubiere un previo acuerdo entre los progenitores y si el hijo fuera menor a los doce años, a los mayores de 12 años confiarla al progenitor con mejores condiciones de varias índoles con preferencia a la madre y cuidar de no encomendar la potestad al padre o madre que se encuentre en causales de privación; en todo el momento se superpone el interés superior del menor, se preferirá a la madre en caso de cumplir a satisfacción (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: 1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija; 2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, "la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre", salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; 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. 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. 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 106).

Los artículos del 107 al 110 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), estipulan las condiciones en las que se puede ejercer el derecho de la patria potestad, como en el caso del

reconocimiento posterior del hijo o hija menor, la suspensión de la representación legal cuando se presenta conflicto de intereses y el proceso de autorización para salida del país.

Art 107.- Ejercicio de la patria potestad en caso de reconocimiento posterior. El reconocimiento posterior del hijo o hija da derecho al ejercicio de la patria potestad (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 107)

Art. 108.- Suspensión de la representación legal por causa de conflicto de intereses. Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 108).

Art. 109.- Autorización para salir del país. Los niños, niñas y adolescentes ecuatorianos y extranjeros residentes en el Ecuador que viajen fuera del país con uno de sus progenitores deben contar con la autorización del otro. En caso de que viajen solos o con terceros, requieren la autorización de los dos progenitores, salvo que uno de ellos esté privado de la patria potestad; o en su defecto, con la autorización del Juez. Cuando viajen solos o en compañía de terceros, en la autorización de salida deberá constar el motivo del viaje, el tiempo que permanecerán fuera del país y el lugar preciso de su residencia en el extranjero. Si se trata de salida por un tiempo superior a los seis meses, la autoridad que emitió la autorización la pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores que deberá controlar permanentemente la localización, actividades y estado general de los niños, niñas y adolescentes que han salido del país en estas condiciones. No se requiere autorización cuando viajen en compañía de los dos progenitores o uno de ellos cuente con la autorización del otro constando en documento público y debidamente autenticado en caso de haber sido otorgado en país (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 109).

Art. 110.- Formas de otorgar la autorización de salida. El o los progenitores podrán otorgar la autorización de que trata el artículo anterior ante el Juez o un Notario Público. En casos de negativa, ausencia o incapacidad del padre o de la madre, el otro podrá solicitarla al Juez, quien la otorgará o denegará, con conocimiento de causa, en un plazo no mayor de quince días (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 110).

Los artículos 111 al 114 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) manifiestan las condiciones de limitaciones, suspensión, privación o pérdida judicial de la patria potestad. Ante esto se consideran la persistencia de las circunstancias, las mismas que se detallan pudiendo ser la

ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses, el maltrato, abuso sexual, explotación sexual o económica, declaratoria judicial de interdicción o privación de libertad del progenitor, uso y abuso de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija, entre otras. Sin embargo, ante ello siempre queda la posibilidad de restitución de la patria potestad y la manera de resolver si ocurre uno o más casos mencionados así:

Art. 112.- Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad. Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 112).

Art 113.- Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 113).

Por su parte el artículo 114 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), establece particularmente la carencia de recursos económicos o la migración temporal motivada por necesidades económicas como no causal para limitar, suspender o privar al padre o a la madre de la patria potestad, en estos casos también indica el procedimiento para no dejar al menor sin tutela si las circunstancias así se presentaren y las respectivas medidas de protección (artículos 115 y 116).

Art. 115.- Legitimación activa. Disponen de acción para solicitar la limitación, suspensión o privación de la patria potestad: 1.El padre o la madre que no se encuentre afectado por alguna de las causales que justifique dichas medidas; 2.Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad; 3.(Derogado) 4.La Junta Cantonal de Protección de Derechos, de oficio o a petición de parte; y, 5.Los representantes legales o directores de las entidades de atención en que se encuentra un niño, niña o adolescente (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 115).

Art. 116.- Medidas de protección. En la misma resolución que ordene la privación, suspensión o limitación de la patria potestad, el Juez dispondrá una o más medidas de protección para el niño, niña o adolescente y sus progenitores, con el objeto de favorecer las circunstancias que justifiquen una posterior restitución de esta potestad (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 116).

El artículo 117 del mismo Código, expresa el modo de restitución de la patria potestad en caso habérsela limitado, privado o suspendido; así el Juez lo dispondrá ante los argumentos de la parte solicitante y las evidencias de un cambio en la circunstancia que lo provocó.

Art. 117.- Restitución de la patria potestad. El Juez, a petición de parte, puede restituir la patria potestad en favor de uno o de ambos progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas de que si han variado sustancialmente las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión. Para ordenar la restitución, el Juez deberá oír previamente a quien solicitó la medida y en todo caso al hijo o hija de acuerdo a su desarrollo evolutivo. También puede el Juez, atento las circunstancias del caso, sustituir la privación o la suspensión por la limitación de la patria potestad, cumpliéndose lo dispuesto en los dos incisos anteriores (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014, art. 117).

## **1.2. Tenencia**

### **1.2.1. Concepciones Generales**

La Tenencia se entiende como una figura legal que se otorga a uno de los padres del menor cuando existe un divorcio de por medio, implica el proceso de cuidado y crianza de los hijos e hijas menores con responsabilidad exclusiva de solo uno de los progenitores. Etimológicamente, tenencia procede del término *tenere* que denota sostener una línea recta, desde el latín *possessionem* denota posesión o responsabilidad sobre algo. Así tenencia involucra a los padres, tutores o cuidadores quienes poseen el poder legítimo para cuidar al menor, asegurar su permanencia física sea de manera voluntaria o por determinación judicial (Llanos, 2009).

El Diccionario Jurídico elemental define a la tenencia como “la acción o efecto de guardar, proteger, amparar, vigilar el estado de un individuo por orden judicial” (Delgado, 2019).

Al igual que con la noción de Patria Potestad, la Tenencia sufrió la transición de patriarcal a maternal, pues al igual que con la patria potestad, se originó en el Derecho Romano, etapa en la cual la Tenencia empezó a cobrar fuerza expresada por el poder absoluto del hombre de familia;

es decir, la tenencia era patriarcal y no solamente recaía sobre la persona sino también en los bienes de los hijos, suscitando de esta manera vulneración de los derechos de los menores (Murillo-Célleri y Vázquez-Calle, 2020).

La tenencia compartida es oriunda de Inglaterra, luego se extendió y ganó la jurisprudencia en Francia y Canadá, hasta extenderse a Norte América. En los Estados Unidos esta figura fue desarrollada a gran escala; posteriormente se extendió a los países de América Latina (Murillo-Célleri y Vázquez-Calle, 2020).

La Tenencia en el contexto familiar, por lo general es uniparental, es decir la responsabilidad sobre los menores recae sobre uno de los progenitores; sin embargo, en el modernismo se prioriza la figura de tenencia compartida, entendida como la entrega del menor a uno de los progenitores, pero con responsabilidades y decisiones para ambos, con el fin de conseguir un desarrollo sano del menor tanto en el aspecto físico y mental (Calero y Torres, 2019).

En la actualidad, la tenencia por regla general es compartida, salvo en los casos donde quiebre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En un proceso judicial, las unidades judiciales al establecer la tenencia del hijo en común de las partes procesales, por lo general resuelven el conflicto conforme al artículo 106 numeral 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Calero y Torres, 2019).

La tenencia compartida se puede entender como la custodia entregada a ambos padres, de tal manera que asegure una relación y acceso de ambos padres con sus hijos y, el hecho de que ambos padres ejerzan responsabilidad legal sobre los diferentes tipos de cuidado del menor, entre ellos y frente al Estad. Así la tenencia compartida en la práctica permite que los padres podrán distribuyan su tiempo al cuidado de los hijos, de manera aleatoria sea diaria, semanal, mensualmente e incluso en los periodos vacacionales (Berrones y Guzmán, 2022).

A nivel de Ecuador se asume a la Tenencia Compartida como un intento para disminuir los efectos negativos de la separación de los padres con resultados más adecuados y beneficiosos para los hijos, pues hasta ese entonces se la consideraba como una solución para resolver el desequilibrio en las responsabilidades y obligaciones parentales (Pajuelo, 2020).

### **1.2.2 Naturaleza Jurídica y Procesos Judiciales de la Tenencia**

La Tenencia surge como uno de los efectos de una separación conyugal en torno a la custodia de hijos o hijas menores. Es un importante hecho que ocurre en el ámbito familiar y jurídico con el fin de garantizar el cuidado personal y protección del niño o niña o adolescente íntegramente, tanto como garantizar sus derechos fundamentales y su interés superior (Delgado, 2019).

En los procesos judiciales de Tenencia se la denomina como custodia física por el control físico y diario de un hijo o hija; es decir que la custodia hace responsable al padre, madre o tutor del bienestar inmediato en cuanto a techo y convivencia sin dejar de cuidar de manera integral el interés superior del niño (Sánchez, 2014).

En los procesos judiciales, luego de haber iniciado la disputa por la tenencia, esta se centrará en el lugar de residencia de los menores y el tiempo que pasará con los padres pudiendo considerarse varios escenarios en función del interés superior del menor (Delgado, 2019). La tenencia compartida en casos de separación conyugal, representa una alternativa más igualitaria y equitativa por la asignación de la misma cantidad de tiempo con los hijos para ambos padres; sin embargo, esta puede ser una decisión mediante mutuo acuerdo entre progenitores y asentado por un juez previo comparecer ante un juzgado o establecido por el mismo juez quien analizó minuciosamente cada caso y dictó sentencia (Delgado, 2019).

Las autoridades competentes, previo a su sentencia contemplarán los derechos establecidos en la norma internacional como en la norma nacional, considerará la doctrina de la protección integral con reconocimiento de su aplicación en los ámbitos económicos, sociales, culturales y civiles, hacia el interés superior del menor, la no discriminación, supervivencia, desarrollo y bienestar integral del menor (Delgado, 2019).

Los criterios que el juez considerará para otorgar la tenencia a uno u otro progenitor o tutor comprenden primeramente la preferencia del menor mediante consulta a partir de los 12 años de edad y dependiendo de la capacidad y madurez para expresar su opinión, seguido por la capacidad de los progenitores para cubrir las necesidades económicas y afectivas; entre otros criterios se encuentran el género, el sexo y la edad de los progenitores o tutores Sumado a esto, el juez solicitará previamente un informe técnico a los profesionales de bienestar social a fin de conocer la situación que rodea al niño, niña o adolescente en el ámbito familiar (Delgado, 2019).

La autoridad judicial señalará las obligaciones de los progenitores o tutores respecto a la alimentación, educación, horarios de visitas, entre otros aspectos de acuerdo a la rutina de los menores que atiendan a su bienestar físico, social, psicológico y emocional u otros contemplados para el mejor bienestar del menor (Delgado, 2019).

Finalmente, de darse la situación y siguiendo la norma el Juez podrá suspender, privar o restringir la tutela cuando se atente contra los derechos y protección integral del menor y otorgarla al otro progenitor o un tutor que más convenga en atención al principio del interés superior (Delgado, 2019).

### **1.2.3. La Tenencia En La Legislación Internacional**

#### **1.2.3.1 Convención de los Derechos del Niño**

La Convención de los Derechos del Niño (1989), garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y toma en cuenta los derechos y deberes de los progenitores respecto a la protección, cuidado tarea de protección, cuidado, respeto, afectividad en cualquier situación familiar (Chapeta et al., 2022). Así el Art.3 numeral 2 reza:

Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 3).

## **1.2.4. La Tenencia en la Legislación Nacional**

### **1.2.4.1 Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 45 sigue una línea democrática que garantiza el ejercicio efectivo y directo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto a la identidad, cuidado, protección, seguridad, convivencia familiar, acceso a la salud, a la educación, a la cultura, entre otros aspectos:

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 45).

Así también la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el Artículo 69, numeral

1, protege los derechos de los menores señalando la obligación de los progenitores en caso de encontrarse en relación matrimonial o en caso de separación: Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado,

crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 69).

Además, en el mismo artículo, numeral quinto señala:

El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 69).

#### **1.2.4.2 Código de la Niñez y Adolescencia**

Por su parte el Código de la Niñez y Adolescencia (2014) reconoce la tenencia en el marco de la Patria Potestad considerando el artículo 106 las reglas para el ejercicio de la patria potestad:

1. Respeto al acuerdo entre los progenitores. 2. Otorgamiento a la madre a falta de acuerdo o inconveniencia para el menor. 3. Consideración de las mejores condiciones de los progenitores en beneficio e interés del menor. 4. Preferencia por la tenencia de la madre cuando los progenitores están en iguales condiciones. 5. Exceptualidad frente a las causales de privación de los Art. 113 y 6. 6. Nombramiento de un tutor ante la inhabilidad de los progenitores (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 106).

De esta manera, estipula la intervención del Juez en pro de la conveniencia o interés superior de los menores, con el fin de garantizar el cumplimiento del derecho de los menores en relación con los progenitores y la participación activa de estos en la crianza, educación, fomento de afectividad, cuidado y protección y responsabilidad.

El Título III, artículo 118, establece que el juez encargará la tenencia del menor siguiendo las reglas del artículo 106, antes mencionadas para el otorgamiento de la patria potestad; sin embargo,

cuando no existe acuerdo entre los progenitores, la tenencia por norma se le confiará a la madre cuando el niño o niña sean menores a los 12 años, o a quien demuestre mayor capacidad y estabilidad emocional.

Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 118)

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 119).

Art. 120.- Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 120).

Art. 121.- Recuperación del hijo o hija.- Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 121).

### **1.2.5 Tenencia Compartida: Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

En cuanto a la tenencia compartida de hijos para los padres separados según las propuestas contempladas en el proyecto de ley orgánica reformatoria al Código Orgánico de la niñez y la adolescencia que recibió la Asamblea Nacional el 18 de mayo del año 2017, el derecho a la custodia no será perenne, deberá ceñirse a las reglas descritas en dicho código orgánico (Silva, 2020).

La reforma plantea en su artículo 119 tres regímenes de tenencia, compartida, uniparental y otorgada a un familiar; de estas, la primera aparece como nueva bajo las siguientes condiciones: requerirá de la resolución de un juez, deberán quedar establecidos los periodos de convivencia, vacaciones y fechas importantes de los hijos; el lugar de residencia de los hijos en cada periodo, establecerá los mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los hijos, en especial el derecho de alimentos y el régimen de visitas y comunicación cuando los periodos de convivencia sean prolongados (Murillo Célleri y Vázquez Calle, 2020).

En caso de incumplimiento con la tenencia compartida, la reforma establece que el juez podrá disponer las medidas de protección pertinentes y disponer el cambio de régimen de tenencia. En

cuanto a las reglas para otorgar la tenencia, el artículo 120 de dicho proyecto expresa las siguientes en caso de no haber acuerdo entre los progenitores:

1. La opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tomando en cuenta su edad y grado de madurez. 2. La edad, necesidades y cuidados específicos del niño. 3. Los informes de la oficina técnica y otros medios probatorios. 4. Las condiciones biopsicosociales del padre y la madre y en los casos que corresponda, de los familiares hasta cuarto grado de consanguinidad. Si existieren varios hijos o hijas, se preferirá que estén juntos. En caso de que esto no fuese posible y que la tenencia sea otorgada a distintas personas, la o el juez ordenará medidas que garanticen el mantenimiento de las relaciones entre ellos (*Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia*, 2022, art. 120).

Según el artículo 121 del proyecto de ley, el juez podrá considerar improcedente la tenencia en los siguientes casos:

1. Violencia física o psicológica en contra del niño, niña o adolescente. 2. Violencia sexual en contra del niño, niña o adolescente. 3. Explotación sexual, laboral o económica en contra del niño, niña o adolescente. 4. Cuando se incite, cause o se permita al niño, niña o adolescente realizar actos que atenten contra su integridad física y psicológica. 5. Por manifiesta falta de interés en mantener con el niño, niña o adolescente relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral. 6. Por incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad. 7. Por permitir o inducir la mendicidad del niño, niña o adolescente. 8. Por privación de la libertad. 9. Por evidencia de alcoholismo o dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cuando pongan en peligro el desarrollo integral del niño, niña o adolescente. 10. Por suspensión de la patria potestad. La patria potestad se suspenderá por la ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses, por violencia física o psicológica, por privación de libertad con sentencia ejecutoriada, por alcoholismo y dependencia a drogas que pongan en peligro el desarrollo de los hijos, y por incitar o permitir al hijo ejecutar actos que atenten contra su integridad física o psicológica en su artículo 113. (*Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia*, 2022, art. 121).

### **1.3. Inaplicabilidad de los Numerales 2 Y 4 del Artículo 106 del CONA Frente a la Tenencia y Patria Potestad.**

El Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), lleva la nomenclatura de “Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad” sin embargo es aplicable también con la tenencia al considerar el artículo 118 del mismo cuerpo legislativo cuando manifiesta que el juez “encargará

su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106” Los numerales 2 y 4 de mencionado artículo rezan:

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija. 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 106).

Los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), que regulan la tenencia y la patria potestad de los hijos, pueden resultar inaplicables en algunos casos debido a diversas circunstancias.

En las reglas establecidas, al fin de cuentas, es el juez quien siguiendo los criterios jurídicos y técnicos tomará la decisión de otorgamiento de la patria potestad y la tenencia por lo que la preferencia hacia la madre en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA son inaplicables y constituyen una vulneración del derecho de igualdad entre los progenitores.

### **1.3.1. Relación Entre Tenencia Y Patria Potestad**

La tenencia y la patria potestad son dos conceptos legales que tienen estrechos lazos familiares y de custodia. La tutela se refiere a alguien que tiene el derecho de cuidar a los niños físicamente y tomar decisiones importantes en su vida diaria. Por otro lado, la patria potestad se refiere a quién es legalmente responsable de tomar decisiones importantes en la vida de los niños, tales como B. su educación, salud y bienestar (Sisalima y Romero, 2022).

En muchos casos, la tenencia y la patria potestad es concedido a uno de los padres o a ambos padres conjuntamente. Sin embargo, en algunos casos, la custodia y la patria potestad pueden otorgarse a diferentes personas. Por ejemplo, es posible que el padre tenga la custodia de los hijos, pero la patria potestad la ejerce la abuela paterna.

En el ámbito legal, la tenencia y la patria potestad son consideradas derechos fundamentales de los padres y se presumen que deben ser otorgados conjuntamente a uno de los padres o compartidos por ambos. Sin embargo, cuando se presentan elementos como el divorcio o separación, pueden surgir disputas sobre quién debe tener la patria potestad y la patria potestad sobre los hijos. En estos casos, el juez considera los mejores intereses de los niños, evaluando factores tales como la estabilidad emocional y económica de cada padre y la capacidad de cada padre para proporcionar un entorno seguro y apropiado para el niño. (Carrión, 2022).

En algunos casos, se puede establecer la custodia compartida, en la que los niños pasan el tiempo con ambos padres por igual. Esto puede ser beneficioso para los niños, ya que les permite formar relaciones significativas con ambos padres y alivia la tensión entre los padres. Sin embargo, esto también puede ser un desafío, ya que requiere una buena comunicación y coordinación entre los padres, por último, la tenencia y la patria potestad son conceptos importantes temas jurídicos íntimamente relacionados con el área de la familia y la custodia de los hijos. Aunque están destinados a ser compartidos con uno o ambos padres, estos derechos pueden impugnarse en caso de divorcio o separación, y se considerará el interés superior de los niños al determinar quién debe tener la custodia y la patria potestad (Sarmiento, 2022).

### **1.3.2. Régimen de Preferencia Materna en la Tenencia y Patria Potestad**

De acuerdo al criterio jurídico general, la Tenencia tiene un sentido unilateral, por la preferencia relativa a la madre, lo cual implica una violación al derecho de igualdad entre los progenitores y una contradicción a la norma constitucional (Cedeño-Cobeña, 2022).

En el ámbito legal, la tenencia y la patria potestad son consideradas derechos fundamentales de los padres y se presumen que deben ser otorgados conjuntamente a uno de los padres o compartidos por ambos; sin embargo, la preferencia a la madre establecida en la norma puede ser causa de disputa mayor en los procesos judiciales, corresponde al juez considerar los mejores intereses de los niños, evaluando factores tales como la estabilidad emocional y económica de cada padre y la capacidad de cada padre para proporcionar un entorno seguro y apropiado para el niño fuera de los estereotipos de género (Carrión, 2022).

La mejor manera de resolver este asunto es establecer la custodia compartida, en la que los niños pasan el tiempo con ambos padres por igual, lo cual puede resultar beneficioso para los menores, pues les permite formar relaciones significativas con ambos padres y alivia la tensión entre los progenitores; sin embargo, esto también puede ser un desafío, ya que requiere una buena comunicación y coordinación entre los padres (Sarmiento, 2022).

## **CAPITULO 2**

### **PRIORIDAD DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.**

#### **2.1. Principio de Interés Superior**

El Principio de Interés Superior del Niño, se sitúa como una piedra angular en todo tipo de legislación, guía en la toma de decisiones de los operadores de justicia para resolver conflictos en torno a los derechos de los niños y obligaciones sobre los padres, tutores, cuidadores y el mismo Estado y sus aparatos institucionales, garantías propias del Derecho Penal y del Procesal, a la vez que determina las acciones de la sociedad entera y la familia misma (Paulette et al., 2020)

La familia representa un grupo prioritario de atención, por lo que los derechos y garantías a través de los preceptos constitucionales, tratados y convenios internacionales deben ser atendidos por los Estados.

El Estado ecuatoriano enfatiza en la protección de los derechos del niño, niña o adolescente con el principio de Interés superior en todas las decisiones judiciales, de manera particular en la Patria Potestad y tenencia de los menores.

En dichos procesos, el principio del interés superior puede verse afectado por lo que es importante ejecutar medidas preventivas que garanticen la efectividad de los procesos y el bienestar integral del menor, así como es importante abordar el tema desde un panorama de lo general a lo particular (Delgado Bajaña, 2019)

### **2.1.1. Concepciones Generales**

La Sociedad de Naciones, el 26 de Diciembre de 1924, aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños como una expresión particularizada de los Derechos Humanos, posteriormente en 1959, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobó la Declaración de los Derechos del Niño y casi simultáneamente, con el fin de crear un instrumento normativo internacional de carácter coercitivo y vinculante para los Estados partes, nació la Convención sobre los Derechos del Niño de acuerdo a la resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Con este contexto, se reconoce un principio fundamental que es el del Interés Superior del Niño (Paulette et al., 2020)

La Convención sobre los Derechos de los Niños aprobada en 1989, fue la primera en establecer un artículo completo sobre el Interés Superior del niño basándose en el segundo principio de la Declaración de los Derechos del niño, en donde se establecía que, para la promulgación de nuevas leyes, se debe tener presente al Interés Superior del niño. El Principio del Interés Superior, nace en la corriente anglosajona marcando la importancia de que niños, niñas y adolescentes, como pertenecientes al grupo de personas de atención prioritaria, sean reconocidos con equidad jurídica como los adultos por su condición básica de seres humanos, con el fin de precautelar la vulneración de sus derechos y garantizar un desarrollo óptimo en la sociedad, puesto que por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de cuidados y protección especial por parte de los estados (Torrejón, 2021)

Por su parte (Zuasnabar y Hilario, 2021) mencionan que, el principio del Interés Superior del Niño como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”

## **2.1.2. El Interés Superior del Menor dentro de la Legislación Internacional**

### **2.1.2.1 Declaración de los Derechos de los niños**

En el segundo principio de la Declaración de los Derechos de los niños (1959), proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959 se establece un reconocimiento integral de derechos, a la vez que garantiza que las leyes en las que les compete deberán tener consideración fundamental la atención a su Interés Superior:

...el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que se pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, f. 2).

### **2.1.2.2 Convención Sobre los Derechos de los Niños**

De la misma forma, la Convención Sobre los Derechos de los Niños (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989), en su artículo 3 inciso 1 estipula que las autoridades, la institucionalidad a nivel público como privado, así los órganos legislativos como “consideración primordial” deben considerar el principio del Interés Superior:

Art. 3.1.- ...en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 3)

El mismo cuerpo en el artículo 9 inciso 1, concede a las autoridades competentes en atención al Interés Superior del niño, en el caso de ser necesario y a reserva de revisión judicial, determinar que la separación de los padres sea necesaria:

Art. 9.1- 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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 9).

De igual forma el artículo 9, inciso 3 de la Convención Sobre los Derechos de los Niños, garantiza el interés superior del menor a que este pueda estar separado de sus padres o evitar contacto con los mismos:

Art. 9.3.- Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 9).

Los artículos 18 y 20 de la Convención Sobre los Derechos de los Niños, en pro del principio del interés superior de los menores asegura que el Estado en conjunto con los progenitores garantizará el cumplimiento de obligaciones hacia los hijos, para lo cual ofrece “asistencia apropiada” y “creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños” incluidos

servicios de guardería. En casos especiales donde los niños y niñas se vean privados de su entorno familiar, el artículo 20 manifiesta el derecho de protección y asistencia del Estado con casas de acogida o la adopción si fuera necesario en consideración a la cultura y educación original del menor. El artículo 21 determina el sistema de adopción en virtud del Principio de Interés Superior del Niño “con arreglo a las leyes y procedimientos aplicables” incluidos la adopción en el extranjero con la vigilancia pertinente (Curihuinca Neira, 2020).

En el principio 2, se garantiza la protección, las oportunidades y los servicios que se brindarán al menor para que pueda desarrollarse de forma normal en las mejores condiciones.

La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 numeral 1 se refiere a las medidas que tomen las instituciones respecto al menor debe ser garantizando el interés superior del menor:

Art. 3.1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 3).

### **2.1.2.3 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2004), como un tratado internacional de derechos humanos que establece los derechos civiles y políticos de todas las personas, en su artículo 24 reconoce los derechos de los menores con injerencia sobre los progenitores y tutores.

Art. 24.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho del niño a disfrutar de las medidas de protección que sean necesarias para asegurar su bienestar, teniendo en cuenta la responsabilidad de los padres, los tutores o otras personas que ejerzan la patria potestad y, en su caso, a través de ellos, de los derechos y deberes respecto a los niños (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2004, art. 24).

En muchos países, la patria potestad como derecho de los padres implica tomar decisiones en interés de sus hijos; sin embargo, debe regirse con el derecho del niño respecto a su protección, bienestar y seguridad; es decir, cuando exista un conflicto entre el derecho de los padres y el derecho del niño, debe prevalecer el interés superior del niño.

#### **2.1.2.4 Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes**

En la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (2005), el artículo 6 determina que toda persona tiene derecho al amor y protección de sus padres y a vivir en un ambiente familiar que le permita desarrollarse integral y armónicamente, en el artículo 7 manifiesta que los niños, niñas y jóvenes tienen derecho a participar en todas las decisiones que les afecten ya ser oídos en todos los procedimientos judiciales o administrativos en que se vean involucrados y el artículo 8 manifiesta el derecho de los niños y adolescentes a la identidad y a conocer su origen y ascendencia. Esto incluye el derecho a conocer a sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, siempre y cuando no resulte perjudicial para el menor de edad (Mora Bautista, 2019).

#### **2.1.2.5 Corte Americana de los Derechos del Niño**

La Corte Americana de los Derechos del Niño (2018), refiere en los Art. 4,5 y 7, que los infantes son particularmente vulnerables a la violencia, en dicho articulado hace mención al deber estatal

de actuar con estricta diligencia a desarrollar medidas para la protección y aseguramiento de los derechos de este grupo prioritario frente a actos considerados violentos o que impliquen la afectación de su integridad.

En este orden normativo, los Estados Parte, de acuerdo con el art. 19, núm.1, deben adoptar medidas tanto legislativas como administrativas en todos los ámbitos tales como social, educativo, a objeto de proteger a los menores de perjuicio, abuso físico o psicológico, explotación o maltratos. Así el representante legal u otra persona que lo tenga a su cargo debe velar permanentemente por su bienestar y buen desarrollo de formación integral.

En este sentido, el núm.2, del precitado artículo, enfatiza que las medidas de protección se deben ejecutar con procesos eficaces a través de programas sociales que coadyuven en la asistencia y otras formas de protección y prevención, tales como investigación, identificación, notificación, y por consiguiente la observación ulterior en casos de maltratos al niño y, según corresponda, con la debida intervención judicial. Por tanto, es importante que los Estados asuman las responsabilidades establecidas a los fines de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños.

### **2.1.3. El Interés Superior en la Legislación Nacional.**

Los acontecimientos en el plano internacional desembocaron en el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos nacionales, convirtiendo la institución del Interés Superior del Niño en jurisprudencia para la toma de decisiones, protección y garantía de los derechos e interés de la niñez y la adolescencia (Paulette Murillo et al., 2020).

A nivel nacional, previo al reconocimiento del Interés Superior como un Principio en la legislación, los menores necesitaban de las organizaciones sociales y gubernamentales para hacer valer sus derechos; no había manera de hacerlo de forma personal. Con la aprobación del Código

de Menores, empezó a reconocerse por sí mismos los derechos y más aún a partir de la proclamación del Código de la Niñez y Adolescencia.

### **2.1.3.1 Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República del Ecuador (2008), reconoce al menor como sujeto de derechos. El Estado ecuatoriano se constituye en un ente garantista, por lo tanto, protege íntegramente los derechos de los menores, regula sobre las decisiones que se tomen concernientes a este grupo de tal manera que se evite cometer una acción o hecho perjudicial para el mismo, sino siempre se busque lo mejor con la finalidad de lograr su desarrollo en el marco de “libertad, dignidad y equidad”.

El artículo 44 de la mencionada carta, establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes asegurando el ejercicio pleno de los derechos, atendiendo el principio de interés superior; de igual manera establece que los menores tienen el derecho a ser consultados en todos los aspectos que los afecten (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 44).

### **2.1.3.2 Código de la Niñez y Adolescencia**

El Código de la Niñez y Adolescencia (2014) en su artículo 11 a más de definir el principio del Interés Superior del niño, garantiza que las autoridades, instituciones y las partes pertinentes den atención y cumplan a cabalidad en las decisiones y acciones dicho principio:

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. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (*Código de la Niñez y Adolescencia*, 2014, art. 11).

De igual manera, el artículo 21, del mismo cuerpo legislativo expresa claramente el derecho del menor de conocer a sus progenitores, a ser cuidados y mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ellos, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. En este sentido, se considera que el interés superior del niño se orienta a procurar un equilibrio entre los progenitores que tenga como objetivo el mejor bienestar de los hijos y en la forma que garantice la protección integral de estos niños.

Por su parte, la Ley Orgánica de Educación Intercultural (2011), en su Art. 2, literal d, contempla el principio en cuestión cuando, a más de recalcar en sus derechos y obligaciones de las partes, incluye el hecho de que nadie use el principio contra norma expresa y en consideración de la opinión del menor involucrado.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes, está orientado a garantizar el ejercicio efectivo del conjunto de sus derechos e impone a todas las instituciones y autoridades, públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su atención. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Ley Organica de Educacion Intercultural, 2011, art. 11).

En este sentido, el Estado ecuatoriano salvaguarda y garantiza el Principio de Interés Superior del Niño como una guía hermenéutica del ordenamiento jurídico relativo a niños, niñas y adolescentes, reivindicando los derechos por la falencia histórica y ubicándolos en un lugar primordial, supeditando las decisiones y acciones estatales en un marco de justicia, igualdad y libertad (Paulette Murillo et al., 2020).

### **2.1.3.1 Vulneración del Principio del Interés Superior del Menor**

Para definir la vulneración del principio del interés superior, se ha mencionado que el Código de la Niñez y Adolescencia (2014), en su artículo 11 a más de definir el principio del Interés Superior del niño, garantiza que las autoridades, instituciones y las partes pertinentes den atención y cumplan a cabalidad las decisiones y acciones de dicho principio; por lo que cualquier hecho que se cometa en contra de lo estipulado constituye por sí mismo una vulneración al principio.

Como se señaló además, la Corte Americana de los Derechos del Niño (2018), al observar el riesgo de la infancia a la violencia, garantiza que los Estados partes actúen con estricta diligencia a desarrollar medidas para la protección y aseguramiento de sus derechos y de su integridad de cualquier forma, sea en el ámbito social, educativo, en perjuicio físico o psicológico, explotación o maltratos a los cuales estén expuestos. Así, las instituciones públicas y privadas a favor de este

grupo prioritario deberán tomar las debidas medidas de protección por medio de planes, programas y proyectos sociales de asistencia e intervención investigación, identificación, notificación y observación ulterior.

## **2.2. El Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental**

### **2.2.1. Concepciones Generales**

Como se mencionó en apartados anteriores, históricamente, desde el derecho romano, el cuidado y la crianza de los hijos era exclusivo del padre, de tal manera que se le concedía poder hasta sobre la vida misma, por lo que el derecho a la igualdad no era existente en el ámbito familiar, éste ha ido evolucionado conforme la progresividad de los derechos humanos. Hoy en día el hecho de preferencia o elegir a uno u otro, de alguna manera representa un retroceso para los derechos a la igualdad y corresponsabilidad parental (Alvarado y Triviño, 2022).

Fue con la Revolución Francesa en 1789 que se dio desarrollo al pensamiento de la ideología igualitaria, haciendo a un lado la discriminación para efectivizarse con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, así el principio de igualdad tuvo una gran acogida por lo que se aplicó en diversas áreas y aspectos jurídicos (Villa, 2023). El principio de la igualdad implica la no distinción entre el trato, derechos y obligaciones en ningún ámbito, por el hecho de que hombres y mujeres, nacionales o extranjeros, gozan de las mismas condiciones y, así se debe contemplar en los diferentes cuerpos normativos (Villa, 2023).

Al hablar de la igualdad, es prescindible referirse a la igualdad de género que se aplica al área legal, social, financiera y de vida entre mujeres y hombres; es decir efectivizar el acceso sin discriminación hacia los recursos, bienes y servicios en una determinada sociedad. Ante este punto cabe señalar que la igualdad de género pretende erradicar las normas y leyes que provienen de prejuicios en torno a la preferencia masculina o femenina para determinadas acciones que se han transmitido por generaciones mediante la tradición o por dictámenes emitidos por autoridades. Tal es el caso de la preferencia hacia la madre cuando se trata de la tenencia de los hijos menores (Santos y Anyela, 2022).

Por otra parte, la corresponsabilidad parental es un esquema se ha generalizado en los últimos años y hace referencia a la participación igualitaria de ambos padres en la crianza y cuidado de los hijos. Esto incluye tareas como el cuidado de los niños, la planificación y organización del hogar y el apoyo emocional y económico a la familia. Cotidianamente, la protección y es resguardo de los hijos y del hogar se encomendaba principalmente a la madre, asumiendo el padre el papel de sostén de la familia. Hoy, sin embargo, se puede observar cada vez más cómo los padres equiparan la responsabilidad en el cuidado de los hijos e hijas y del hogar. (Morales et al., 2022).

Para los padres, la crianza compartida puede ayudar a reducir la carga de trabajo y el estrés asociados con el cuidado de los niños y el hogar, así como promover la igualdad de género y la participación equitativa en el hogar, mejorando la calidad de la relación de pareja. Para los hijos, la corresponsabilidad puede tener un impacto positivo en su desarrollo y bienestar. Al involucrar activamente a ambos padres en el cuidado y apoyo de la familia, los niños pueden desarrollar más confianza en sí mismos y en sus habilidades. También puedes aprender a respetar y apreciar más a ambos géneros, en conclusión, la corresponsabilidad parental puede tener múltiples beneficios tanto para los padres como para los hijos. Aunque puede ser desafiante, con compromiso y

comunicación efectiva, es posible lograr una participación equitativa en el cuidado y el apoyo de la familia (Páez y Zúñiga, 2021).

## **2.2.2. El Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental en la Legislación**

### **Internacional**

#### **2.2.2.1 Ley Modelo Interamericana de Cuidados**

La Ley Modelo Interamericana de Cuidados (2018), aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), busca promover la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la paternidad y la maternidad y fomentar la corresponsabilidad parental en la crianza y cuidado de los hijos. La igualdad entre hombres y mujeres es un derecho fundamental reconocido en diversos tratados internacionales de derechos humanos y en la legislación de muchos países. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, en la práctica aún existen muchas desigualdades entre hombres y mujeres, especialmente en el ámbito laboral y en el ámbito de la paternidad y la maternidad. Muchas veces, las mujeres son las que asumen la mayor parte de las responsabilidades en el cuidado de los hijos, lo que puede limitar su participación en el mercado laboral y en otras actividades fuera del hogar (Pautassi, 2021).

La Ley Modelo Interamericana de Cuidados (2018), busca promover la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la paternidad y la maternidad, al igual que la corresponsabilidad parental y fomenta la participación equitativa de ambos padres en la crianza y el cuidado de los hijos. Esto puede contribuir a reducir las desigualdades entre hombres y mujeres y a mejorar la calidad de vida de las familias.

Para promover la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la paternidad y la maternidad, la Ley Modelo Interamericana de Cuidados establece diversas medidas, como la creación de

programas de apoyo a la corresponsabilidad parental, la promoción de la licencia parental equitativa y la promoción de la conciliación entre el trabajo y la vida familiar. Además, la ley también establece la obligación de los Estados de garantizar el acceso a servicios de cuidado de calidad y de promover la participación de los padres en la toma de decisiones relacionadas con el cuidado de los hijos. La implementación de la Ley Modelo Interamericana de Cuidados puede contribuir a una mayor igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la paternidad y la maternidad y a una mayor corresponsabilidad parental. Sin embargo, para lograr estos objetivos es necesario contar con una (Pautassi, 2021).

### **2.2.3 El Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental en la Legislación Nacional**

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 garantiza el principio a la igualdad en la esencia del ser persona, en relación con los derechos, deberes y oportunidades. Así de manera explícita se elimina toda discriminación entre géneros y otro tipo de asignaciones:

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 socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11).

El artículo 69 de la Carta Magna establece que, con el fin de proteger los derechos de los integrantes de la familia, se promoverá la maternidad y paternidad responsable, es decir, que ambos progenitores deben participar activamente en la crianza, cuidado, educación y protección de los derechos de los hijos. El Estado también garantiza la protección de los progenitores en el ejercicio de sus obligaciones como cabezas de hogar; así como promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y velará el cumplimiento de los deberes y derechos entre madres, padres e hijos:

Art. 69.- Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 69).

El artículo 83 numeral 16, de igual manera manifiesta la corresponsabilidad parental en actividades de asistencia, alimentación, educación y cuidado hacia los hijos menores

Art. 83.16 Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 83).

## **2.3. Inaplicabilidad de los Numerales 2 y 4 del Artículo 106 del CONNA frente al Interés Superior y el Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental**

### **2.3.1. Régimen de Preferencia Materna en el Principio de Interés Superior, el Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental**

Al igual que como se mencionó en el apartado Régimen de Preferencia Materna en la Tenencia y Patria Potestad, se observa un claro cuestionamiento al punto de considerarlo como inconstitucional y contradictorio con el principio del interés superior del niño, el derecho a la igualdad y la corresponsabilidad parental. Se cree que una decisión como tal debería estar supeditada o proporcional con la situación que se presente el estudio a profundidad.

Para el padre, bajo esta singular situación le esperan tres tipos de escenarios: Uno de convivencia favorable de pocos minutos entre semana, un segundo de convivencia mínima de unas pocas horas al mes y otro completamente desfavorable en el cual la convivencia es nula; para el menor implica de la misma manera la reducción del tiempo de contacto con su padre siendo favorable o mínimo y en el peor de los casos, nulo, afectando su estado emocional con lo que nada tiene que ver el principio del interés superior (Torrez, 2022). El principio de interés superior del niño establece que el bienestar y los derechos de los niños deben ser la principal consideración en todas las decisiones que afecten a sus vidas. Esto significa que la preferencia materna no debe ser la única consideración en la determinación de la custodia de los hijos y que ambos padres deben tener un papel igual en la crianza y el cuidado de los hijos (Torrez, 2022).

La preferencia materna en situaciones de disputa o conflicto en relación a la custodia de los hijos, en la legislación puede ser el resultado de una variedad de factores, incluyendo estereotipos de género, la historia de crianza de los hijos y la idea de que la madre es el principal cuidador de los hijos; sin embargo, la preferencia materna puede ser problemática en términos de derechos de

igualdad y corresponsabilidad parental pues contribuye a la desigualdad entre hombres y mujeres, refuerza los estereotipos de género, perpetuar la desigualdad en el lugar de trabajo y limita las oportunidades para las mujeres; por otro lado, si se da por sentado que los hombres no son capaces de cuidar de los hijos de manera efectiva, esto puede socavar la corresponsabilidad parental y la igualdad entre los padres en la crianza de los hijos (Torrez, 2022).

Varias reflexiones se han escrito respecto a este tema bajo el argumento de desigualdad, vulneración, injusticia, incluido el hecho de la inobservancia de los tratados internacionales respecto al derecho de la igualdad principalmente.

Briones (2022), manifiesta que ante la ley, los hombres y las mujeres son sujetos de protección igualitaria; sin embargo considera que la preferencia materna en los numerales 2 y 4 del artículo en cuestión constituyen una brecha al momento de aplicar el principio de igualdad y una vulneración al derecho a la equidad de género, aun cuando ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones frente a las necesidades de los hijos.

Arcentales (2022), señala que este hecho es una desigualdad evidente con respecto a la madre y el padre, pues, aunque los poderes, derechos y obligaciones de la patria potestad y la tenencia son los mismos para ambos progenitores, aunque el padre este calificado y no tenga impedimento alguno que lo evite, la madre tiene preferencia. Así sugiere que las autoridades deben valorar no solo lo normado en la ley y los tratados internacionales, sino tomar en consideración las particularidades de la conducta social humana.

Por su parte, Ordoñez (2022), manifiesta que la preferencia materna es una desigualdad referente al género que crea un escenario en el cual la parte paterna está destinada a vivir una situación basada en visitas bajo un régimen establecido, creando la imposibilidad de convivir de forma acta

con sus hijos, lo que a efecto, no hay un involucramiento directo del padre en la crianza, el desarrollo, atención de la salud, etc. del menor causando a la vez problemas de desequilibrio emocional frente a sus progenitores.

### **2.3.2 Relación entre el Principio de Interés Superior, el Derecho a la Igualdad y Corresponsabilidad Parental**

Los beneficios del reconocimiento de la figura de tenencia compartida en países como Alemania, Italia y Estados Unidos se han venido discutiendo en la literatura en los últimos años como un derecho a la igualdad, corresponsabilidad parental sin que se afecte el principio de Interés Superior de los menores; Así ambos, padre y madre ejercen los mismos derechos y obligaciones con sus hijos afianzando los lazos filiales. Los niños, niñas y adolescentes al estar presentes dentro del grupo de personas de atención prioritaria, necesitan que la ley los mire con equidad y de alguna forma con primordialidad al momento de tomar una decisión en donde se vea inmerso uno de estos sujetos, con el objetivo de que se evalúen de forma comparada sus condiciones sociales y se llegue a tomar una solución jurídica justa. La importancia del principio del Interés Superior del Niño, se desarrolla desde dos tipos de referencia (Zanzzì, 2021).

Considerando el principio de interés superior del menor, se precautela que sus derechos no vayan a ser vulnerados, que tenga un desarrollo integral en la sociedad y que no se vaya a obstaculizar el mismo cuando se enfrente a cualquier proceso jurídico o administrativo. Le corresponde a la autoridad que va hacer uso de este principio, tener presente los derechos de los niños, niñas y adolescentes en forma y contenido, es menester considerar el mejor tratamiento a la cuestión como medida precautelar ante posibles riesgos que puedan vulnerar los derechos del niño, niña o adolescente, atendiendo así en su decisión a las necesidades de alimentación, educación, salud y otros derechos que reposan en el desarrollo integral del niño (León, 2022).

## **CAPITULO 3**

### **IMPLICACIONES HACIA LA PATRIA POTESTAD CON LA RESOLUCIÓN DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21.**

#### **3.1. Análisis de la Sentencia 28-15-In-21**

En la Sentencia 28-15-In-21, se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia el 01 de abril de 2015 en contra del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia por el fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” pues manifestaron ser contrarias al principio de interés superior de los menores, al derecho a la igualdad y a la corresponsabilidad parental, además que entre los argumentos de los accionantes señalaron que las frases mencionadas perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal y un estereotipo discriminatorio a las mujeres; manifestaron también que “el régimen de preferencia materna no es adecuado para precautelar el bienestar del niño”, pues “no se logra un fin constitucionalmente válido”

La acción pública de inconstitucionalidad estuvo bajo la competencia del Pleno de la Corte Constitucional conforme el artículo 436, numerales 2,3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador

### **3.1.1 Argumentos respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia**

Frente al principio del interés superior del menor, los accionantes manifestaron que la norma impugnada en relación con la observación general 14 del Comité de los Derechos del Niño es contraria, enfatizando en que las responsabilidades parentales compartidas que deben ir en beneficio del interés superior del niño no se cumplen al conceder automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores, además argumentan que “el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 6). Consideran que se debe evaluar cada caso para decidir sobre la tenencia pues el interés superior del menor es prioritario frente a otros intereses, así la preferencia materna presupone rigidez en la toma de decisiones, por lo que se considera una acción discriminatoria. El fundamento con el que sustentan dicha contradicción deviene del análisis de tres elementos: opinión, identidad y preservación del entorno familiar de niños, niñas y adolescentes. Respecto a la opinión, los accionantes creen que es importante considerar la opinión y la consulta a los niños, niñas y adolescentes respecto a lo que les afecte de acuerdo a la edad y madurez, respecto a la identidad consideran que a pesar del divorcio de los progenitores, los niños, niñas y adolescentes siguen constituyendo una familia por lo que la preferencia materna puede obstaculizar el vínculo directo con el padre, finalmente, respecto a la preservación del entorno familiar, argumentan la contradicción de la norma en que la forma exclusiva y arbitraria a la madre impide el contacto continuo con su núcleo familiar al igual que el cumplimiento de las obligaciones con el menor, de todos los integrantes y refuerza la separación familiar (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

Frente al principio de igualdad, los accionantes manifestaron que la norma impugnada viola dicho principio por dos motivos, el primero por la preasignación materna que impide el ejercicio equitativo de derechos y obligaciones entre padres y madres y segundo por reforzar los estereotipos del rol de la mujer en la familia. Además les resulta discriminatoria para las mujeres pues creen que esta se debe a un estereotipo que considera que las mujeres “son más idóneas para el cuidado de los hijos” por su sola condición de ser mujer, para esto se basaron en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer , su preámbulo y los Artículos 5 y 16 (1979).

Frente al principio de corresponsabilidad parental, los accionantes consideraron que “un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño, se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 6), para este fin citan el artículo 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) respecto al mismo principio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2004), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 1 y 24) (2016), pues al disolverse el matrimonio debe primar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la toma de decisiones respecto a los hijos y la Convención sobre los Derechos del Niño ( Artículo 5, numeral 2 y artículo 18) pues las obligaciones son comunes a hombres y mujeres sobre la crianza y desarrollo de los hijos. Entre los argumentos mencionan que la norma impugnada está desactualizada y no responde a la realidad actual, por lo que traen los ordenamientos jurídicos de Chile, España, Argentina, Uruguay, Perú y Colombia en los cuales no hay la preferencia hacia ninguno de los progenitores (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

### **3.1.2 Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia**

Frente a la demanda, la autoridad de turno de la Asamblea Nacional del Ecuador, en una primera instancia responde con argumentos en contra, alegando principalmente que la demanda afecta “un elemento fundamental de la sociedad (...) considerar la maternidad como función social” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 8) así trae a la palestra concepciones biológicas y naturales afirmando que la norma impugnada es por ley natural por el vínculo que se crea entre madre e hijo por los procesos biológicos de concepción, gestación, amamantamiento en pro de la conservación de la especie. Argumento que la norma es “adecuada, necesaria y proporcional” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 9).

En una segunda instancia, el procurador judicial de la presidencia de la Asamblea nacional del Ecuador persiste en la constitucionalidad de la norma argumentando que “la preferencia materna es necesaria” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 9), pues por motivos históricos, antropológicos, culturales, biológicos y jurídicos, “la madre responde de mejor manera al laso parental” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 9).

### **3.1.3 Argumentos de la Procuraduría General del Estado respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia**

El Delegado del Procurador General del Estado en su escrito de descargo argumenta que la norma impugnada no es absoluta porque se deben tomar en cuenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes “al perseguir un fin legítimo, la limitación del principio de igualdad entre hombres y mujeres es justificado” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 9), alega que los accionantes confunden el principio de corresponsabilidad parental con el cuidado personal. En conclusión, las

alegaciones de los accionantes no se justifican. En una segunda instancia la Procuraduría General del Estado argumentó que “las normas impugnadas tratan sobre la patria potestad mas no sobre la tenencia” (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021, p. 9), por lo que requirió que se dicte una sentencia moduladora (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

### **3.1.4 Argumentos de la Presidencia de la República del Ecuador respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia**

El Secretario de turno de la Presidencia de la República presentó un informe en el que constató que el CONA fue expedido en el año 2003 mientras que la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, considera que es pertinente se expida una sentencia moduladora considerando que el desarrollo psico-senso-motriz de los menores se desarrolla hasta los dos años de edad y que hasta entonces es pertinente que sean confiados a la madre. En una segunda instancia, un representante de la Presidencia de la República argumentó que la norma impugnada no constituye un estereotipo, por lo que señaló la importancia de que los hijos estén con la madre hasta el año como también lo señala la Organización Mundial de la Salud (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

### **3.1.5 Argumentos de los *Amici Curiae* respecto a la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia**

Los *Amici Curiae*, es decir terceras personas que con libertad se han expresado con sus opiniones con interés en la causa presentan varios argumentos en favor y en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. A continuación, se presentan varios argumentos.

Argumentos de los *Amici Curiae* a favor de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia:

“Un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones (...) Alienación parental y estigma hacia la figura paterna (...) Incorporación de la figura de la tenencia compartida (...)”

Refuerza el sistema monoparental” Coparentalidad Ecuador (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*)

“En varios países existe jurisprudencia vinculante y normativa que regula la tenencia compartida (...) “Vernos iguales, acabará la violencia.” Santiago Palacios Cisneros (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*).

“Injustificada” e “injusta” preferencia materna” (...) Implementar la custodia compartida (...) Concluye que “el padre no puede limitarse a ser un proveedor económico” Serginho Paolo Vega López (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*).

“La norma impugnada tiene un trasfondo “machista” (...) Que se institucionalice la custodia compartida” Vanessa Samantha Morejón Oband (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*).

“La norma impugnada es “injusta” (...) Relegándose al padre a un segundo plano (...) “Inconstitucional custodia monoparental materna” Andrea Maru Irigoyen Ponce (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*),

“Es evidente el sesgo consuetudinario de roles de género” Gabriel Borja Etlis, Luis Raúl Puente Villa, Jorge Paul Pallares González, Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*).

“No existe paridad en la aplicación (...) Existe una injustificada preferencia materna (...) Limitación al goce del derecho a la igualdad (...) La norma es sospechosa de discriminación (...) Se convierte en un “acto flagrante injusto y discriminatorio, transgresor de derechos y principios fundamentales” Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck. (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*).

“A la mamá se la condiciona como mera cuidadora y al papá como mero proveedor” Galo Javier Santana Nan (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*)

“La normativa actual representa “un avance en el ejercicio de derechos” y una acción afirmativa (...) la norma se encuentra contemplada como está, ya que es una medida de acción Afirmativa, permitiría alcanzar la igualdad material (...) No se han modificado los patrones socio culturales que la originaron (...) El fin constitucionalmente válido, corresponde a la autonomía de la mujer (...) La norma impugnada está destinada para determinar las reglas para confiar la tenencia; en lugar de alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad (...) Existen los regímenes de visita abiertos los cuales permiten mantener una relación entre el padre y los hijos e hijas” Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Álvarez y Sylvia Bonilla Bolaños (*Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021*).

“Se observa en la actualidad es la falta de acceso a los sistemas financieros por parte de las mujeres; lo que acentúa su dependencia económica en sus parejas (...) Mayor asimetría en las relaciones de pareja entre hombres y mujeres; incremento en la tolerancia a la violencia; incremento a la violencia y uso de amenazas para pelear por la patria potestad” Carlos Andrés Isch Pérez (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

“Tras el divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida (...) La custodia compartida resulta más beneficiosa, tanto para los menores como para los progenitores” Edison Xavier Bayas Moposita. (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

Argumentos de los *Amici Curiae* en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia:

“A que se rechace la demanda de inconstitucionalidad (...) Podría profundizar situaciones de violencia contra las mujeres y las infancias (...) Los hombres tienen poca o nula implicación en la crianza de sus hijas e hijos (...) La necesidad de la preferencia materna, configurándose como una acción afirmativa (...) La custodia compartida está siendo utilizada por los padres agresores como un mecanismo, potente para seguir ejerciendo violencia hacia las mujeres (...) Las mujeres se encontrarían en una desventaja, por su situación económica en relación a los padres (...) Perder la tenencia de hijas e hijos no sería difícil para las mujeres más empobrecidas y precarizadas (...) El resultado de la eliminación de la preferencia materna es un privilegio para los hombres” María José Machado Arévalo (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021).

“Eliminar la preferencia materna de este articulado, no significa ningún aporte en términos de incorporar la valoración del principio de interés superior (...) Solicita que se rechace la demanda de inconstitucionalidad, ya que: un peligroso incremento de la desigualdad material entre madres y padres” María Poema Carrión Sarzosa (*Sentencia No. 28-15-IN/21*, 2021)

### **3.1.6 Argumentos y resolución de la Corte Constitucional**

En la sentencia se propone como problemas jurídicos los dos a continuación:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?

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

Ante ello en el apartado 6 de la Sentencia presenta un análisis sobre dichos problemas y consideraciones de los argumentos de los amici curiae respecto a la constitucionalidad del mencionado artículo y numerales.

Respecto a la patria potestad, tenencia y coparentalidad a más de los puntos discutidos como conceptos, leyes en los capítulos anteriores, es interesante observar los siguientes argumentos que pueden enriquecer el debate:

“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, esto en concordancia con el artículo 118 del CONA sobre confiar el cuidado y la crianza a uno de los progenitores sin alterar el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, en el mismo artículo se señala que el juez podrá confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores estimando lo “más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia”

En este punto, la Corte Constitucional considera que existe confusión en cuanto al alcance del artículo 106 numerales 2 y 4 del CONA para disponer reglas de custodia (cuidado y crianza) y no para la atribución exclusiva de la patria potestad y bajo consideración de los artículos 111, 112 y 113 sólo puede ser limitada, suspendido, privado o perdido. Padres y madres comparten sus derechos y obligaciones por igual, para no confundir la corresponsabilidad parental con la custodia compartida.

Además, la preferencia materna para la tenencia es considerada como como una regla y bajo una condición, así la regla es que la norma impugnada se aplica en caso de desacuerdo entre los progenitores en el numeral 2 y en el numeral 4 cuando ambos, padre y madre demuestren igualdad de condiciones y la condición es la salvedad de la preferencia cuando sea perjudicial para los NNA en el numeral 2 y siempre que no afecte el interés superior del niño en el artículo 4.

Además, aclara que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe además la figura de la coparentalidad o tenencia compartida como “un modelo de organización (...) que descansa, precisamente, en la alternancia más o menos frecuente de la residencia del hijo, es decir que para efectos de la sentencia se trata a la coparentalidad y a la tenencia compartida como una misma institución de acuerdo al Manual de Derecho de Familia de Jara y Gallegos.

Simultáneamente al indagar sobre conducta discriminatoria respecto al artículo y los numerales en cuestión, la corte señala el término “categorías sospechosas” por las desventajas que se pueden observar, por una vulneración histórica, entre otros aspectos de la conducta social, el pleno observa que “la norma impugnada establece un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como es el sexo, en lo referente a la mujer” así el interés superior del niño debe considerarse independiente del género de los progenitores, aunque la doctrina de los años tiernos imponga dicha preferencia y exista autonomía económica y social por parte de la mujer como un objeto legítimo para declarar la idoneidad de condición para tener la tenencia.

La Corte Constitucional consideró pertinente acudir al principio de proporcionalidad, en este sentido se consideró que la preferencia materna “no guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción al derecho a la igualdad” es decir la norma impugnada incumple con este principio,

no supera el test de igualdad por lo que se puede concluir que efectivamente es discriminatoria y fomenta estereotipos y perpetuación de roles de género.

Respecto al derecho de los menores de ser escuchados en los asuntos que le conciernen, la norma impugnada limita este derecho por el criterio de preferencia materna y se pierde su utilidad.

En relación con la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones la Corte Constitucional concluye que entregar la tenencia de forma preferencial a la madre “podría atentar” contra ella, sumado a la desventaja para la familia ampliada del padre, así encuentran la preferencia materna como incompatible con el interés superior del niño

Frente a estos argumentos y otros que se pueden considerar íntegramente en la misma sentencia, El Pleno de la Corte Constitucional resolvió Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad con todas las medidas pertinentes hacia la institucionalidad pertinente.

Entre algunas consideraciones para la decisión final se anotaron:

El fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” son contrarias a la Constitución de la Republica. - La Corte Constitucional advierte la necesidad de una reforma legislativa al CONA.

La Asamblea Nacional deberá considerar los argumentos expuestos en la sentencia en el proceso de elaboración del “Proyecto Orgánico para la protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”

La Defensoría del Pueblo deberá aportar con un informe y entregarlo a la Asamblea Nacional con el mismo fin que se mencionó, una vez publicada en el Registro Oficial del Ecuador, la norma impugnada queda obsoleta.

El encargo de la tenencia de los menores se evaluarán caso por caso y seguirán unos parámetros establecidos: el juez o jueza no fundará su decisión con base del género de los progenitores o su capacidad económica y sin usar de la jerarquía entre unos y otros parámetros, se considerará principalmente la opinión de los menores, se considerará a un cuidador sensible y emocionalmente disponible, se tendrá cuidado de mantener la continuidad de la rutina de los menores, se considerará la dedicación de los padres previo al divorcio o separación, se respetará la identidad de los menores, se considerará la idoneidad de los padres en base a la satisfacción del bienestar de los niños, niñas y adolescentes, se analizarán daños potenciales en los niños, se analizará el sentido de cooperación de los menores, el vínculo afectivo entre ellos y otros factores como la edad, madurez, experiencia, entre otros parámetros.

## CONCLUSIONES

Al culminar la presente investigación que tiene como objetivo general analizar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA en la sentencia 28-15-IN-21 para la patria potestad, mediante un estudio bibliográfico y observatorio para brindar conocimientos se han llegado a las siguientes conclusiones:

- La inaplicabilidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia establecen las circunstancias en las que se considera que un niño o adolescente ha sido abandonado por sus padres o tutores legales, esta es una situación que vulnera de manera directa el interés superior del niño y el adolescente, se puede observar que en algunos resulta difícil ejecutar estos numerales de manera literal, ya que pueden presentarse circunstancias que dificulten la determinación de si un niño o adolescente ha sido abandonado por sus padres o tutores legales.
- En lo que respecta a la prioridad del principio de interés superior del menor, del derecho a la igualdad y de la corresponsabilidad parental, se tiene que, es un principio que debe tener por norte todo juez, así como también todo funcionario que posea una competencia en materia de niños y adolescentes, a los fines de tutelar sus derechos especialmente en menores, por cuanto ellos tienen una condición aun mayor de vulnerabilidad, en consecuencia, se hace necesario que los operadores de justicia agoten todos los recursos necesarios a los fines de garantizar el cumplimiento en el derecho a la igualdad y de la corresponsabilidad parental.

- El estudio reveló en lo que respecta a la aplicabilidad de la Sentencia 28-15-In-21 en la Patria Potestad es primordial que se fomente el fallo determinado en esta sentencia, ya que esta añade fundamentos que anteriormente se contenía en la figura jurídica de la patria potestad, dado que esta se entendía como el derecho exclusivo del padre, lo que causaba un perfil de desigualdad entre padres e hijos y entre padres y madres. Es por ello que esta sentencia considera en sí dictamen la igualdad entre los miembros de la familia y garantiza el derecho de los niños a una educación y crianza adecuadas por parte de ambos padres.

## RECOMENDACIONES

Al culminar la presente investigación que tiene como objetivo analizar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA en la sentencia 28-15-IN-21 para la patria potestad se han llegado a las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda a los tribunales de familia, así como a los órganos de la administración que poseen la competencia en materia de menores efectuar todas las diligencias procesales a los fines de garantizar la patria potestad a niños y adolescentes que así lo requieran en especial aquellos que se encuentren en condiciones excepcionales ya que por esa condición se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad.
- Se insta al Ministerio Público a servir de ente auxiliar de los tribunales de familia al efecto de colaborar en el fomento del interés superior del niño y que este prevalezca ante los demás derechos para así garantizar la seguridad y bienestar del mismo.
- Se recomienda la inclusión de un perito investigador como órgano auxiliar de los tribunales de menores, en aquellas situaciones donde numerales 2 y 4 del artículo 106 este en ejecución, con el fin de garantizar una igualdad y cumplimiento de derechos de forma equiparada sin perjudicar el bienestar del menor y su desarrollo en un entorno familiar.

## BIBLIOGRAFÍA

ACNER. (1990). *La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*. 1–17.

Alonso, G. (2021). Derecho de las obligaciones. La influencia del Derecho romano en el Derecho latinoamericano del siglo XIX. (Bolonia-Rávena, 2015). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 391–398.

Alvarado, A., & Triviño, M. (2022). *Criterios jurídicos sobre la corresponsabilidad parental en el Ecuador*.

Arias, X. (2022). *La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño, en Derecho Comparado*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.

*Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia*, (2022) (testimony of Asamblea Constituyente).

<https://vlex.ec/vid/proyecto-ley-organica-reformatoria-899141882>

Ley Modelo Interamericana de Cuidados, (2018).

<https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-ES.pdf>

Declaración de los Derechos del Niño, (1959).

<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (1979). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

- Berrones, S., & Guzmán, S. (2022). *Los derechos de niños, niñas y adolescentes a la tenencia compartida de su padre y madre*. Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y ....
- Briones, M. A. (2022). ¿Preferencia materna para la tenencia de los hijos? Búsqueda de la igualdad de género en el Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(2), Art. 2. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v6i2.2014](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.2014)
- Calero, J. P. H., & Torres, L. W. F. (2019). Suspensión de la patria potestad respecto al ejercicio de la tenencia legal de los hijos menores. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17(23), 213–230.
- Carrión, M. (2022). *La necesaria regulación normativa del síndrome de alienación parental como causal de la pérdida de la patria potestad y su consecuente variación de tenencia*.
- Cedeño-Cobeña, J. A. (2022). El Derecho de Igualdad Frente a la Tenencia Compartida en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 7(4), Art. 4. <https://doi.org/10.23857/pc.v7i4.3867>
- Chapeta, C. J. L., Arroyo, G. F. V., Berti, L. A. C., & Valencia, D. X. C. (2022). Estudio jurídico dogmático de protección integral de niños, niñas: Papel protagónico del cambio social. *Universidad y Sociedad*, 14(S5), 362–373.
- Chuquilin, I., & Vásquez, B. (2021). *Razones jurídicas para incorporar la suspensión automática, del derecho de la patria potestad en los casos de deuda reiterativa de liquidación de pensión alimenticia devengada, en el código de niños y adolescentes*.
- CIDH. (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos N° 5: Niños, niñas y adolescentes*.
- Código Bustamante. (1928). Código de Bustamante. *La Habana, 20 de Febrero*, 1–48.
- Código Civil. (2005). *Código Civil Ecuatoriano*. PICHINCHA: LEXIS.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (2004).

<https://www.mre.gov.py/simoreplus/Adjuntos/Informes/CCPR%20N%C2%BA%2031.pdf>

CONA. (2014). Código de la Niñez y Adolescencia. *Ediciones Legales*, 0(2002), 1–45.

*Código de la Niñez y Adolescencia*, (2014) (testimony of Congreso Nacional). <https://app-vlex-com.vpn.ucacue.edu.ec/#search/jurisdiction:EC/codigo+de+la+ni%C3%B1ez+y+adolescencia/WW/vid/643461265>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. 1–136.

Curihuinca Neira, E. (2020). Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación desde el Az Mapu. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 27, 0.

Delgado Bajaña, R. M. (2019). *La Vulneración del Principio del Interés Superior del niño en los Procesos Judiciales por Tenencia*. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/13778>

Ley Organica de Educacion Intercultural, (2011). <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Ley-Organica-Educacion-Intercultural-Codificado.pdf>

INEC. (2022). *Boletín técnico/ Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios, 2021*. 1–13.

León, N. (2022). *Análisis de los argumentos esgrimidos en la sentencia no. 28-15-in/21 que resuelve la inconstitucionalidad para confiar la patria potestad respecto a la igualdad de género y no discriminación entre los progenitores*.

Llanos, B. A. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, 32, 191–197.

- Mora Bautista, M. I. (2019). La violencia contra la mujer. Una Exploración de los Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer desde 2006 hasta 2018. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(278–1), 461–488.
- Morales, I., Muñoz, C., & Sánchez, C. (2022). Reflexiones sobre la perspectiva de género en el proceso legal de custodia y cuidado personal de niños, niñas y adolescentes. *Dictamen Libre*, 30.
- Murillo Célleri, C. P., & Vázquez Calle, J. L. (2020). Viabilidad de la Tenencia Compartida Conforme el Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria)*. ISSN : 2588-090X . *Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP)*, 5(3), 637–667. <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.254>
- Murillo-Célleri, C., & Vázquez-Calle, J. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económicas y Contables)*. ISSN: 2588-090X. *Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP)*, 5(3), 637–667.
- Olabarrieta, M. B. (2019). La privación de la patria potestad como medida penal y civil. *Revista jurídica de Castilla y León*, 47, 59–99.
- Ordoñez, J. M. (2022). Análisis del derecho a la tenencia, frente a la presunta vulneración del derecho de igualdad de los progenitores. *Universidad Católica de Cuenca*. <https://dspace.ucacue.edu.ec/handle/ucacue/13329>

- Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, (2005).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, (2016).
- Páez, I., & Zúñiga, M. (2021). ¿Paternidades en transformación? Ser padre en Culiacán, Sinaloa, en tiempos de confinamiento y crisis sanitaria. *Región y sociedad*, 33.
- Pajuelo, J. (2020). *Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y régimen disciplinario de los jueces*.
- Paulette, K., Banchón, J. K., & Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(2), 385–392.
- Paulette Murillo, K., Banchón Cabrera, J. K., Vilela Pincay, W. E., Paulette Murillo, K., Banchón Cabrera, J. K., & Vilela Pincay, W. E. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(2), 385–392.
- Pautassi, L. (2021). *La rendición de cuentas en derechos humanos: Claves interpretativas en el campo de la violencia contra las mujeres y las niñas*.
- Sánchez, M. (2014). Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Patria potestad y custodia. *Revista europea de derechos fundamentales*, 24, 195–219.
- Santos, M., & Anyela, A. (2022). *Institución jurídica de unión de hecho y legalización del matrimonio en el Juzgado de Familia de Pasco, 2019*.
- Sarmiento, V. (2022). Intervención Relacional Basada en el Apego Para Niños y Niñas de 6 a 12 Años. *La intervención relacional basada en el apego.: Fundamentos y métodos adaptados al contexto colombiano para la prevención del maltrato infantil*, 387.

*Sentencia No. 28-15-IN/21* (Núm. 0028-15-IN). (2021).

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=)

Silva, M. (2020). *El desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y la tenencia compartida en Tungurahua*. Universidad Técnica de Ambato. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias  
....

Sisalima, J. M. O., & Romero, C. J. F. (2022). Análisis del derecho a la tenencia, frente a la presunta vulneración del derecho de igualdad de los progenitores. *Polo del Conocimiento*, 7(10), 1016–1034.

Suárez, G. (2014). *Sobre La Patria Potestad*. 30.

Torrejón, V. (2021). *El Interés Superior del niño como principio garantista del derecho a la Educación Intercultural Bilingüe de los niños indígenas en el Perú*.

Torrez, A. (2022). *Modificación del artículo 216 (autoridad parental derecho de visitas, supervisión y tutela), parágrafo III, de la Ley N. 603, código de las familias y del proceso familiar, para el efectivo cumplimiento del régimen de vistas y la protección de la relación*.

Convención sobre los Derechos del Niño, 52 (1989).

Villa, D. I. C. (2023). El pensamiento de Hannah Arendt sobre el totalitarismo en el siglo XX antes de la Revolución francesa. *Revista Científica UISRAEL*, 10(1), 81–97.

Zanzzì, K. (2021). *La corresponsabilidad parental y su indebida aplicación sobre el principio de interés superior del menor*. Guayaquil: ULVR, 2021.

Zuasnabar, J., & Hilario, C. (2021). *Síndrome de Alienación Parental y el Principio del Interés Superior del Niño en los Procesos de Tenencia, en el Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Huancayo, 2019.*

## **ANEXOS**



Andrea Samantha Montaleza Neira portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0104206875. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 28-15-IN-21 DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN RELACION A LA PATRIA POTESTAD”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 15 de febrero de 2023

F: 

Andrea Samantha Montaleza Neira

C.I. 0104206875