



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 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.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA**

AUTORA: NATHALY SILVANA LEÓN AYAVACA

**DIRECTOR: ABG. FERNANDO ESTEBAN OCHOA
RODRÍGUEZ, MGS.**

CUENCA - ECUADOR

2022

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 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.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA**

AUTORA: NATHALY SILVANA LEÓN AYAVACA

**DIRECTOR: ABG. FERNANDO ESTEBAN OCHOA
RODRÍGUEZ, MGS.**

CUENCA - ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Nathaly Silvana León Ayavaca portadora de la cédula de ciudadanía N° 0150093169. Declaro ser el autor de la obra: **“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”**, 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, **18 de agosto de 2022**

F: 

Nathaly Silvana León Ayavaca

C.I. 0150093169

Cuenca, 17 de agosto de 2022

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **NATHALY SILVANA LEÓN AYAVACA**, con el Tema **“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.”**, bajo mi supervisión.

Atentamente:



Ab. Fernando Esteban Ochoa Rodríguez Mgt.

DOCENTE TUTOR

Dedicatoria

El presente trabajo de titulación y todo el esfuerzo que conllevo el estudio de la carrera de Derecho, lo dedico a Dios, por guiarme, darme la sabiduría, la salud y sobre todo la vida, que, gracias a ello, me permitió cumplir con una de mis metas y sumarle un logro a mi vida, aunque, el camino no fue fácil, nunca me abandono y siempre estuvo allí dándome la fuerza en esta larga trayectoria.

A mi madre Olga Lucía Ayavaca Borja, por siempre estar conmigo y aplaudir cada uno de mis logros, que, gracias a su apoyo incondicional, consolarme en mis momentos tristes y celebrar mis triunfos, hoy le dedico todo mi esfuerzo y dedicación, por inculcar en mí valores y principios soy una mujer de bien y con orgullo puedo decir que soy la Abogada de mamá.

A mi padre Wilson Macario León Ortiz, por ser mi sostén y mi apoyo incondicional a lo largo de mi vida, aunque no está a mi lado, todo se lo debo a su esfuerzo y hoy culmino mis estudios gracias a él y por nunca haberme dejado sola, este trayecto y profesión es suya.

A mis hermanos Brandon Moreano, Antony Moreano, Evelyn León y Antony León, como su hermana mayor, espero que los logros que he conseguido les sirva de ejemplo para no ser como yo, sino, mejores, aprovechen el apoyo de nuestros padres y luchen, estudien, esfuércense mucho que el camino no es fácil pero la recompensa es grande.

A mi prometido Edison Pilatasig, por enseñarme que ante las adversidades está prohibido rendirse y todos los consejos sobre la vida universitaria, que me sirvieron de mucho y hoy con orgullo puedo decir que soy Abogada y puedo compartir de este logro tan grande en compañía del mejor.

A mi amiga Belen Tacuri, aunque no compartimos la misma profesión, me estuvo apoyando moralmente y cada vez motivando para cumplir mis sueños y salir adelante, gracias a sus palabras y confianza se que todo conlleva sacrificios, pero el resultado es el mejor.

Agradecimiento

Agradezco a la Universidad Católica de Cuenca por abrirme las puertas y culminar mis estudios en esta institución, a los diferentes docentes que me acompañaron impartiendo sus conocimientos a lo largo de la carrera, a mi docente tutor Ab. Fernando Esteban Ochoa Rodríguez que gracias a su guía y apoyo hoy culmino mi proyecto de titulación y a todos mis compañeros que en conjunto cumplimos nuestros sueños y somos colegas en nuestra vida profesional.

Resumen

El objeto de la presente investigación es realizar un análisis de los argumentos emitidos en la sentencia No. 28-15-IN/21, para resolver la inconstitucionalidad en la patria potestad frente a la preferencia materna; y, determinar si las líneas argumentativas emitidas por los jueces resolvieron la igualdad de derechos y la no discriminación entre los progenitores. Por ello, se ha realizado una recopilación doctrinaria, jurídica y axiológica de todos los conceptos y definiciones en torno a la patria potestad, tenencia y custodia con el fin de establecer los principios mediante los cuales se ejercen estas instituciones, de la misma manera, se estableció la importancia de la igualdad de género de los progenitores frente a la tenencia de los hijos menores y los requerimientos emitidos en la prenombrada sentencia para poder ejercerla, dando como resultado la viabilidad de la tenencia compartida como referente de la igualdad formal, material y la no discriminación entre los padres. Finalmente, se concluye que, dentro de la sentencia No. 28-15-IN/21, no se aprecia el interés superior del menor como primordial, por lo cual, al no tener este punto de partida no se asegura la igualdad de los progenitores, afectando el principio de coparentalidad, desarrollo integral del niño y el ejercicio eficaz de la patria potestad.

Palabras clave: Igualdad formal, Igualdad material, No discriminación, Corresponsabilidad parental, Interés superior del niño, Tenencia compartida, Patria potestad.

Abstract

This research aims to analyze the arguments issued in verdict No. 28-15-IN/21, to resolve the unconstitutionality of parental authority versus maternal preference, and determine whether the statements issued by the judges resolved the equality of rights and non-discrimination between parents. Therefore, a doctrinal, legal, and axiological compilation of all the concepts and definitions related to parental authority, care, and custody has been made to establish the principles by which these institutions are executed. In the same way, the importance of the parent's gender equality regarding the custody of minor children and the requirements issued in the verdict above to exercise it is set, resulting in the viability of shared custody as a reference of formal and material equality and non-discrimination between the parents. Finally, it is concluded that, within judgment No. 28-15-IN/21, the minor's best interest is not considered paramount. Hence, not having this starting point does not ensure the equality of the parents, affecting the principle of co-parenting, the integral development of the child, and the effective exercise of parental authority.

Keywords: Formal equality, Material equality, Non-discrimination, Parental co-responsibility, Parental authority.

Índice

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad	I
Certificado de tutor	II
Dedicatoria.....	III
Agradecimiento.....	IV
Resumen.....	V
Palabras clave	V
Abstract.....	VI
Keywords	VI
Índice	VII
Introducción	1
CAPITULO I.....	3
LA PATRIA POTESTAD.....	3
1.1 Antecedentes históricos	3
1.2 Concepto de patria potestad	5
1.3 Concepto jurídico de patria potestad	6
1.4 Concepto de tenencia	7
1.5 Diferencias entre la patria potestad y tenencia.....	8
1.6 La patria potestad en el Ecuador	8
1.7 Derechos fundamentales y la patria potestad.....	10
CAPITULO II.....	14
LA IGUALDAD DE GÉNERO FRENTE A LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA EN LA SENTENCIA 28-15-IN/21 EMITIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.....	14
2.1 Concepto de igualdad	14

2.1.1 Concepto jurídico de igualdad	14
2.2 Concepto de igualdad de género	17
2.2.1 Igualdad de género frente a la patria potestad y la tenencia en Ecuador	18
2.2.2 Corresponsabilidad parental y su influencia en la igualdad de género	21
2.3 Parámetros para la aplicación de la tenencia del menor en base a la sentencia 28-15-IN/21	24
2.3.1 Conclusiones en torno a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional del Ecuador sobre la tenencia del menor	36
CAPITULO III	39
LA TENENCIA COMPARTIDA COMO VERDADERO REFERENTE DE LA IGUALDAD FORMAL, MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN DENTRO DEL TERRITORIO ECUATORIANO	39
3.1 Definición de tenencia compartida	39
3.2 La tenencia compartida y el interés superior del niño	41
3.3 Las limitaciones de la tenencia monoparental	48
3.3.1 La vulneración del derecho de igualdad formal, material y no discriminación en la tenencia monoparental.....	49
3.3.2 Legislación comparada	51
3.4 La viabilidad de la tenencia compartida en Ecuador	55
CONCLUSIONES	58
RECOMENDACIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	61
ANEXOS	67

Introducción

A lo largo de la historia, el interés superior de los niños ha sido predominante sobre cualquier otro derecho, este aspecto se funda en la necesidad de la protección estatal de los niños, niñas y adolescentes ante cualquier hecho que pueda resultar perjudicial para el desarrollo integral de los menores. Dentro de los procesos de divorcio o separación de los progenitores, es común encontrar inconvenientes en torno al comportamiento y desenvolvimiento de los niños, por lo cual, resulta fundamental realizar el máximo esfuerzo para tratar de no tomar decisiones que sean tan nocivas para los mismos.

Así mismo, es necesario reconocer que una vez el proceso de separación o divorcio ha sido planteado dentro de una contienda judicial, entre los aspectos que le quedan por resolver al juzgador, se encuentra la tenencia de los hijos menores, anteriormente; y, a nivel de Latinoamérica se planteaba una preferencia materna, la cual respondía a las sociedades conservadoras y los roles de hombres y mujeres claramente marcados.

Desde las premisas planteadas con anterioridad, resulta fundamental considerar que en la sentencia No. 28-15-IN/21, se exponen diversos argumentos bajo los cuales se busca determinar la inconstitucionalidad de la preferencia materna sobre la paterna en la tenencia de los hijos menores, por lo cual, se establece como argumento que, dicha preferencia es la representación de la vulneración de los derechos de igualdad formal, material y no discriminación. Para la presente investigación es esencial determinar si dichos argumentos son suficientes para marcar un precedente y asegurar la igualdad entre los progenitores frente al juzgador al momento de tomar esta decisión.

Por lo expresado, la presente investigación tiene su objeto en el análisis de la sentencia No. 28-15-IN/21 y en la determinación de la igualdad formal, material y no discriminación al momento de decidir sobre la tenencia del menor, mediante la supremacía del interés superior del niño

sobre los otros derechos que se puedan presentar dentro de los procesos de divorcio o separación; y, además, establecer los principios que permitan asegurar el desarrollo integral del menor tras la separación de sus progenitores, como lo es la corresponsabilidad parental y un ejercicio eficaz de la patria potestad, aplicando la viabilidad de la tenencia compartida como referente de igualdad de género.

Por ende, la presente investigación se desarrolla en tres capítulos. Siendo así, el primer capítulo plantea las generalidades de la patria potestad desde definiciones doctrinarias, jurídicas y axiológicas, continuando con el segundo capítulo que se encamina a la igualdad de género frente a la patria potestad y la tenencia dentro de la sentencia 28-15-in/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, y finalizando con el tercer capítulo que aborda la tenencia compartida como verdadero referente de la igualdad formal, material y no discriminación dentro del territorio ecuatoriano.

CAPITULO I

LA PATRIA POTESTAD

1.1 Antecedentes históricos

La patria potestad a lo largo de los años ha sido un tema controversial y actualmente con la sentencia 28-15-IN/21 que fue emitida por la Corte Constitucional del Ecuador determina la inconstitucionalidad del artículo 102 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) que prefería a la madre para confiar la patria potestad, ante este fallo es importante analizar si los argumentos emitidos resuelven la igualdad y no discriminación entre los progenitores, que se encuentra consagrada en la Constitución y Tratados Internacionales que regulan y promueven la igualdad ante la ley, que frente a la patria potestad debe primar sin ejercer preferencia ni al padre ni a la madre sino priorizando la coparentalidad entre ambos progenitores.

Por ello, para comenzar a desarrollar el objeto de estudio es importante destacar su origen, esta terminología proviene del latín patria potestad que se entiende como autoridad paterna, partiendo desde el derecho romano con el paterfamilias, el pater era aquel ciudadano hombre que no se encontraba sometido a potestad por el hecho del fallecimiento del padre o abuelo y se caracterizaba por el poder o facultad sobre el hijo y disposición de sus bienes, contaba con la potestad de ordenar e imponer a sus descendientes siendo estos hijos, nietos, bisnietos, de igual forma sobre su cónyuge quien se encontraba en un rango inferior al padre y solamente ejercía rol de cuidado, en el caso de viudez y si por testamento no contaba con la facultad de contraer nuevo matrimonio perdía el derecho sobre sus hijos.

Alrededor del siglo XIX la patria potestad evoluciono y se apartó de sus ideales romanos predominando el Código de Napoleón que impartía el autorité paternelle es decir autoridad parental sobre el derecho de guarda,

corrección y usufructo del hijo. Asimismo, se confiere la *puissance paternelle* a la madre, pero mientras subsista vínculos matrimoniales es ejercida por el padre; esta institución buscaba proteger la familia y que ambos progenitores conllevan la obligación de mantener y educar, es decir lo primordial era precautelar la protección de los hijos. (Rodríguez, 2016)

Una vez disuelto el vínculo matrimonial dentro de la ley se consagraba la coparentalidad que promueve que ambos padres de forma común precautelen la integridad del menor y con la Convención de los Derechos del Niño el fin primordial que se persigue es el interés superior del niño.

Con el tiempo el hijo fue adquiriendo derechos, pero, aún existe la autoridad de los padres sobre sus hijos existiendo una limitante que a diferencia del derecho romano no es para toda la vida, sino, termina cuando los hijos cumplen la mayoría de edad o son emancipados, de igual manera se aparta de los abusos y posibles arbitrariedades que ejercía el padre, por derechos y obligaciones recíprocas entre sus progenitores.

Por lo tanto, el interés del hijo primaba y en la actualidad el objetivo principal es garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que tienen los padres en conjunto frente a sus hijos, que dentro de la legislación ecuatoriana se conoce como el interés superior del niño; entendido como aquella medida de protección y garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes que asegura su desarrollo integral y bienestar. Y se puede definir como aquel principio de carácter garantista, por el cual, toda decisión que de por medio contemple menores de edad debe ser prioritaria para poder garantizar la satisfacción integral de sus derechos. (Alegre, 2014)

Después, de identificar aspectos relevantes sobre la patria potestad cabe indicar que hoy en día el interés superior del niño prevalece sobre los demás derechos y por ello, la patria potestad no puede designarse de manera preferencial a ninguno de los progenitores, sino deben considerarse que tanto el padre como la madre se encuentran en el

derecho de cuidar, educar y proveer lo necesario a los hijos con el fin de asegurar su bienestar, dejando de un lado el estereotipo de la madre como cuidadora y el padre como proveedor, primando la igualdad ante la ley sin distinción de raza, sexo, idioma, etc. Así como la no discriminación a ninguno de los progenitores al momento de decidir quien ejerce la patria potestad puesto que esta responsabilidad es compartida.

1.2 Concepto de patria potestad

Una vez comprendido los antecedentes de la patria potestad es importante conceptualizarla y de forma general se entiende como los derechos y obligaciones que los padres tienen ante sus hijos. Y desde un punto de vista literario el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) determina que es “un conjunto de deberes y derechos que conforme la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados” (Real Academia Española, 2022, pág. 1)

Por otra parte, conforme el criterio legal el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas define a la patria potestad como un “conjunto de derechos y deberes que al padre y en su caso a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados” (Cabanellas de Torres, 1993, pág. 285)

A raíz de estos dos conceptos tanto literario como legal es evidente que la patria potestad no es facultativa a solo uno de sus progenitores, sino, tanto el padre como la madre responden ante sus deberes y obligaciones frente a sus hijos; de forma independiente si conviven o no dentro del núcleo familiar, esto es que ambos pueden educar, criar, cuidar y demás a sus hijos, exceptuando cuando se suspende o pierde la patria potestad; en caso de suspensión se puede solicitar la restitución y respecto a la perdida solamente sucede cuando se atenta con la integridad del menor y para ello debe existir una resolución judicial que así lo determine, descartando la situación económica de uno de los progenitores como excusa.

Entre otros conceptos, diferentes autores indican lo siguiente:

Por una parte, Inmaculada García la conceptualiza como “el poder que es otorgado a los padres por la ley sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia legal” (García, 2013, pág. 13)

Asimismo, dentro del libro Derecho de Familia y Sucesiones señala que patria potestad comprende: “Los deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre sus hijos y sus bienes e implica el reconocimiento de proveer la protección y el desarrollo integral de los hijos menores” (Pérez, 2010, pág. 151)

Como sinónimo de patria potestad tenemos la custodia que significa el cuidado, crianza, educación y régimen de convivencia de los padres con sus hijos. Usualmente la custodia a uno de los padres se da durante el divorcio, pero, dentro de la legislación ecuatoriana se hace alusión a la corresponsabilidad parental, que se refiere a una responsabilidad compartida frente a los hijos, es decir, que pese a la separación ambos progenitores pueden ejercer sus roles y actividades de padres sin la necesidad de confiar de ello a uno solo.

Entonces, la custodia como la patria potestad son concepciones similares y persiguen un mismo fin en común, que es el cumplimiento de derechos, obligaciones y responsabilidades de forma equiparada, como medio para garantizar la igualdad entre los progenitores frente a sus hijos, es decir, una custodia compartida, que efectivice que tanto el padre como la madre, se encuentran en plenitud para responder sobre sus hijos y velar que su integridad y derechos que conllevan sean acatados.

1.3 Concepto jurídico de patria potestad

Para indicar un concepto jurídico es importante remitirse a dos normas que son el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia. Dentro del Código Civil el artículo 283 indica “la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no

emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia” (Congreso Nacional, 2005, pág. 38)

Por otra parte, el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 105 señala:

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 (Congreso Nacional, 2003)

Conforme ambas normativas se desprende que esta potestad como indica su palabra corresponde a los progenitores, es decir, tanto el padre como la madre deben cumplir sus derechos y obligaciones frente a sus hijos y debe primar la coparentalidad con el fin de garantizar que el interés superior de menor prime ante cualquier circunstancia, velando por el bienestar y desarrollo integral. Asimismo, que las responsabilidades sean compartidas y no se fije solamente a uno de los progenitores, puesto que, ambos se encuentran en igualdad de condiciones y por ello ejercer la patria potestad en conjunto garantiza este derecho.

1.4 Concepto de tenencia

Desde un criterio jurídico la tenencia es el derecho de convivencia que uno de los padres tiene sobre sus hijos; y de forma general, se entiende que la tenencia corresponde al progenitor que convive día a día con el menor. El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 indica que la tenencia es confiar tanto el cuidado como la crianza a uno de los progenitores, pero, sin que se altere los derechos y obligaciones que conlleva la patria potestad. (Congreso Nacional, 2003)

Entonces al referirnos al término tenencia del menor, hace alusión al progenitor con el que convive el menor, es decir comparten la unidad de

domicilio, que comúnmente surge tras el divorcio o separación de las parejas y en la mayoría de los casos esta facultad es conferida a la madre, por esta situación, el ejercicio de la patria potestad ha sido objeto de discordia entre los padres y conlleva desigualdad y discriminación, siendo esencial una reforma a la normativa y adaptación de la custodia compartida en la legislación ecuatoriana.

1.5 Diferencias entre la patria potestad y tenencia

- La tenencia de forma general es la unidad de convivencia del menor, que a diferencia de la patria potestad es un conjunto de derechos, deberes y obligaciones con los hijos.
- La tenencia la ejerce un solo progenitor, en cambio, la patria potestad es ejercida en conjunto.
- La tenencia surge tras el divorcio o separación y se obtiene por resolución judicial, la patria potestad se mantiene mientras son hijos no emancipados.

1.6 La patria potestad en el Ecuador

El tema tratado en el presente trabajo de investigación ha resultado controversial, debido a la preferencia materna ante la ley para confiar la patria potestad, por ello, se presentó la acción pública de inconstitucionalidad del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia en relación con las reglas para confiar la patria potestad, porque se contraviene el derecho a la igualdad entre los progenitores frente a sus hijos. Los mencionados numerales contemplan lo siguiente:

Referente al numeral 2 del artículo 106 ibídem indica:

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 (Congreso Nacional, 2003)

Por otra parte, el numeral 4 del artículo 106 ibídem señala “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Congreso Nacional, 2003, pág. 11)

Conforme estos numerales la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 28-15-IN/21 declaro su inconstitucionalidad por hacer énfasis en preferir a la madre para el ejercicio de la patria potestad de los hijos siendo contrario al derecho a la igualdad y no discriminación.

Por lo tanto, el fondo de esta sentencia debería garantizar el cumplimiento de estos derechos de forma equitativa a los progenitores y asimismo velar por el interés superior del niño; si bien el fallo de dicha sentencia reconoce la desigualdad y no discriminación, pero, de forma parcial, es decir, se indica aspectos de estereotipos, violencia vicaria y demás situaciones respecto a la madre, sin embargo, no se analiza la situación del padre, lo cual, debería ser primordial puesto que se trata de garantizar los derechos que corresponde a los progenitores en general, mas no particularizar un aspecto en concreto.

Por ello, la situación del progenitor paterno también debe analizarse y cambiar el concepto de proveedor y visitante semanal, ya que, este hecho demuestra afectación tanto para el menor como al padre y va desde la falta de afecto, hasta disputas para determinar quien ejerce la tenencia de los hijos, que a futuro genera como consecuencias problemas en el desarrollo y bienestar emocional del menor.

Y; al entregar la tenencia a la madre de forma primordial es evidente la discriminación y desigualdad al padre, ya que por conceptos de estereotipos no es capaz de cuidar y criar a los hijos; pero el interés superior del niño no trata de buscar al progenitor más conveniente, sino, garantizar que los derechos parentales como el cuidado, protección, educación, manutención, representación legal y otros, sea ejercido por ambos teniendo como objetivo que el bienestar e integridad del menor prevalezca.

1.7 Derechos fundamentales y la patria potestad

Partiendo de un concepto general conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) son “derechos que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, son normalmente recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior” (Real Academia Española, 2022, pág. 5)

En definitiva, se conoce como derechos fundamentales aquellos derechos más importantes para el ser humano, como los relacionados con la dignidad humana que son inalienables y dentro de todo ordenamiento jurídico comprende un pilar fundamental de un Estado democrático, los mismos que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales. Este tipo de derechos se caracterizan por tener carácter de ser inviolables, irrenunciables, imprescriptibles e inalienables, que de forma general no pueden ser vulnerados, transferibles a otros, ni prescribir por el tiempo.

Dentro la Carta Magna se reconocen y garantizan aquellos derechos, el artículo 11 numeral 2 indica que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 3)

En relación con la patria potestad la igualdad es uno de los derechos primordiales que reconoce la ley y por lo tanto debe ser garantizada. En este caso en concreto la coparentalidad es el medio que la efectiviza, pues, la igualdad es entendida como la equiparación de derechos y obligaciones que tienen las personas y al momento de confiar al menor de forma preferencial a la madre, se vulnera lo que contempla la Norma Suprema.

En base a estereotipos se estima más conveniente la progenitora materna por el hecho de ser mujer, minimizando la capacidad que tiene el padre para ejercer estos mismos derechos, desde esta particularidad surge

la discriminación hacia ambas partes. Por un lado, el caso de la madre que la ley le impone la custodia del menor y referente al padre no ser considerado por la ley como progenitor capaz de ejercer sus obligaciones y responsabilidades con los hijos, más allá del aspecto económico.

Por otra parte, el artículo 66 numeral 4 ibídem indica que se reconoce y a su vez garantiza el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. La igualdad formal que hace referencia a la igualdad ante la ley, dejando de lado las diferencias y tratos parcializados ya sea por identidad sexual, sexo, religión, pasado judicial, etc.

En cambio, la igualdad material o también conocida como igualdad real es la intervención del Estado para erradicar la desigualdad en ámbitos de índole económico, social, político, entre otros. Y la no discriminación que comprende la igualdad de trato entre todas las personas. (Piñas , Castillo, Zhinin, & Romero, 2019)

Una vez conocido, a que se refiere la igualdad formal, material y no discriminación queda claro que el artículo 106 numerales 2 y 4 del CONA por el fondo de sus frases genera desigualdad de derechos entre ambos progenitores y discrimina al padre.

Es evidente que las responsabilidades parentales no se ejercen en conjunto, sino, se divide conforme su sexo y se impone roles como el de cuidado a la madre y de aporte económico al padre. Si bien en la normativa ecuatoriana se reconoce la coparentalidad como garantía de igualdad de derechos, responsabilidades y obligaciones entre los padres, no se cumple a cabalidad, pues, estimar que progenitor es más apropiado para hacerse cargo de los hijos se aleja del fin principal que es una custodia compartida y contravine la ley.

Asimismo, el artículo 67 de la Carta Magna en su primer inciso señala que reconoce la familia en sus diversos tipos.

El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Asamblea Constituyente, 2008)

Tal como indica este articulado, se reconoce que los padres como integrantes de la familia cuentan con igualdad de derechos y oportunidades, sin embargo, en la patria potestad se vulnera este particular pues se contemplan distinciones entre padre y madre y al facultar a uno de ellos el cuidado del menor, se contraviene este derecho primordial y por ende, no se garantiza que los progenitores gocen de igualdad ante la ley.

El artículo 69 *ibídem* en sus numerales 1 y 5 en relación con la patria potestad determina:

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 (Asamblea Constituyente, 2008)

Y el numeral 2 contempla “el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 16)

La Constitución de la República del Ecuador es posterior a la promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia, por ello existe falencia y cierta discrepancia entre ambas normativas, ya que, la primera promueve la corresponsabilidad entre los padres y la otra es facultativa a la progenitora materna. Ante esta situación, es necesario que se plantee reformas y se acople a la Norma Suprema con el fin de asegurar el cumplimiento y correcta aplicación de derechos hacia ambas partes.

Y el artículo 70 de la misma ley contempla:

“El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público” (Asamblea Constituyente, 2008)

Si bien este articulado plantea garantizar que los hombres y mujeres gocen de igualdad de derechos, la patria potestad no está garantizada que se efectivice, ya que, es necesario implementar de forma expresa que debe ejercerse por los dos progenitores, indicando como salvedad la falta de uno de ellos, siendo la alternativa más fiable la custodia compartida, misma que busca equiparación de responsabilidades frente a los hijos.

CAPITULO II

LA IGUALDAD DE GÉNERO FRENTE A LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA EN LA SENTENCIA 28-15-IN/21 EMITIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

2.1 Concepto de igualdad

La igualdad a lo largo de la historia es reconocida como todas aquellas condiciones que aseguran que las personas no tienen distinciones, ya sea dentro del desarrollo social, cultural e inclusive jurídico, este valor representa que, si bien es cierto, las personas en general no son iguales a nivel físico y anímico, si puede existir una equivalencia entre su evolución dentro de la sociedad (Corte IDH, 2020).

La equivalencia de la cual se habla, tiene sus cimientos sobre todas aquellas condiciones brindadas por el Estado para asegurar la igualdad entre todos sus miembros, es decir, hombres y mujeres con igualdad de condiciones para el ejercicio de sus derechos. Por consiguiente, la concepción clásica de la igualdad se remonta a la inexistencia de tratos intolerables, desiguales o degradantes para todos los miembros de una sociedad (ACNUR, 2018).

En conclusión, la igualdad es el factor determinante de las relaciones sociales, tanto para hombres, como para mujeres dentro de la sociedad, es decir, de cierta manera los tratos brindados entre las personas aseguran que las condiciones para que pueda existir un desarrollo integral colectivo, tenga como fundamento la igualdad como principio y premisa fundamental.

2.1.1 Concepto jurídico de igualdad

Jurídicamente, la igualdad es la representación de que todas las personas poseen las mismas condiciones ante la ley, y; por ende, deben ser tratadas bajo las mismas consideraciones, siendo así, la igualdad es un derecho fundamental que funciona como cimiento de todas las

composiciones axiológicas y jurídicas en un Estado constitucional de derechos y justicia como lo es el Ecuador (La igualdad, Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

Para Montoya, la igualdad es la configuración de un principio y derecho con alcance universal, que funciona en conjunto con los derechos de libertad y dignidad, es decir, dentro de cada uno de los sistemas políticos de carácter moderno, existe el respaldo de las condiciones que ubiquen en una posición semejante a todos sus miembros, por lo general, esta institución es de carácter inviolable atendiendo a su responsabilidad con los derechos humanos, así mismo, es una proyección orientada a la seguridad jurídica que brinda el Estado hacia sus miembros con el objetivo de que exista desarrollo social integral (Montoya, 2018).

Dentro del territorio ecuatoriano se dispone en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 11, numeral 2, textualmente lo siguiente, “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Asamblea Constituyente, CRE., 2008), así mismo, dentro del artículo precedente se representa al derecho de igualdad como sinónimo de la no discriminación bajo ninguna condición, por lo cual, en el mismo cuerpo normativo, en el artículo 66, numeral 4, se dispone dos tipos de igualdad, tanto la formal como la material y nuevamente el derecho de no discriminación como contiguo al derecho de igualdad.

Igualdad formal

Como se ha visto anteriormente, la igualdad formal se encuentra tipificada dentro de la norma suprema del Ecuador, por lo cual, es fundamental considerar que este tipo de igualdad es el reflejo de un trato justo y equitativo de todas las personas ante la ley, es decir, no existe diferenciación por razones de sexo, género, raza, etnia, entre otras condiciones que puedan ser considerables de distinción (Cajas Córdova, 2011).

La ampliación de los términos de la igualdad formal, han sido constituidos mediante el estudio y análisis necesario de las condiciones humanas existentes dentro de la sociedad, sin lugar a duda, existe la posibilidad del planteamiento de que la igualdad formal constituye únicamente el cumplimiento de los derechos y obligaciones iguales por parte de los miembros de una sociedad (ACNUR, 2018), sin embargo, para que esta concepción se extienda dentro del derecho debe estar dispuesta dentro de la norma, como lo prevé el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República.

En síntesis, la igualdad formal se traduce como la existencia legal de este derecho dentro de la normativa jurídica pertinente, con el objetivo de denotar el respaldo por parte del Estado hacia cada uno de los grupos sociales dentro del territorio, utilizando la formalidad del texto legal con el objetivo de demostrar la existencia del reconocimiento del derecho de igualdad y la protección estatal del mismo.

Igualdad material

Evidentemente, así como en la igualdad formal, el objetivo general es propender a que cada uno de los miembros de la sociedad no sean tratados en torno a sus condiciones, sino por el contrario, y; en complemento, la igualdad material busca reconocer que existen características diversas entre los miembros de una sociedad, y; que estas consideraciones pueden ser motivo de distinción, por lo cual, es fundamental crear mecanismos y recursos que permitan igualdad entre los mismos (Cajas Córdoba, 2011).

Es decir, mientras que la igualdad formal busca el reconocimiento de este derecho dentro de la norma legal, la igualdad material provee los recursos que permitan el ejercicio y goce de este derecho entre todas las personas.

La no discriminación

De la misma manera, dentro de la perspectiva jurídica ecuatoriana, la igualdad es la representación de la no discriminación bajo ninguna condición, lo que significa que la no discriminación surge además de como derecho, como una de las obligaciones fundamentales del Estado ecuatoriano para precautelar la integridad de cada uno de sus miembros (La igualdad, Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

En definitiva, la igualdad tiene su concepción jurídica bajo los preceptos legales que enmarcan las consideraciones en torno a otros derechos, como lo son los derechos de libertad, de integridad y dignidad humana, los cuales son reconocidos constitucionalmente por parte del Estado ecuatoriano, así mismo, cada una de las condiciones que permitan que se dé el ejercicio pleno y eficaz del derecho de igualdad y no discriminación, surge gracias al Estado y los mecanismos que este pueda brindar para proveer seguridad a las personas.

2.2 Concepto de igualdad de género

Continuando, como se vio con antelación, la igualdad es la representación de un conglomerado de derechos que permite que las personas puedan desarrollarse dentro de la sociedad, por lo cual, al hablar de la igualdad de género, resulta fundamental concebir que la misma ha sido una de las más debatidas a lo largo de la historia, pues, la existencia de las diferenciaciones claras entre hombres y mujeres han sido trascendentales para muchas de las decisiones orientadas a nivel social, cultural y jurídico.

Al respecto, la igualdad de género es definida como, “el respaldo de las condiciones iguales tanto para hombres, como para mujeres, así como los medios provenientes del Estado que buscan perfeccionar la práctica del derecho de igualdad dentro del territorio” (Facio, 2020), por lo cual, se denota que la igualdad de género para su práctica utiliza dentro de su constitución tanto a la igualdad formal, como a la igualdad material como

complementos, con el objetivo de eximir las limitantes que a lo largo de la historia han sido planteadas entre los hombres y las mujeres.

Así mismo, es necesario considerar que a nivel mundial, la igualdad de género era un término inexistente en la práctica, por lo cual, las ponderaciones valorativas tanto de hombres como de mujeres, se encontraban encasilladas dentro de un cuadro social netamente conservador, es decir, los roles que se desempeñaban en la sociedad eran reglados por su calidad de hombre o de mujer, con el paso de los años esta perspectiva fue evolucionando y poco a poco se ha dejado de lado dichas consideraciones que han sido planteadas por diferentes sociólogos y juristas como obsoletas dentro de los Estados modernos (Organización de Naciones Unidas, ONU, 2018).

En base a los párrafos precedentes, el concepto de igualdad de género, se funda en las condiciones valorativas de los hombres y mujeres; y la evolución de los mecanismos para que estos puedan desempeñar un rol dentro de la sociedad acorde a sus necesidades, capacidades y sobre todo, su bienestar, es decir, el goce efectivo de los derechos, recursos y oportunidades para todos las personas son indistintos de su calidad de hombre o de mujer, haciendo que cada uno de ellos pueda permitirse desempeñar acciones en pro de su desarrollo, ante lo cual se proporcionan mecanismos que permitan hacer equivalente sus condiciones y permitir que no se cree una discriminación en torno a su género, y; son estos fundamentos los que constituyen la igualdad de género per se.

2.2.1 Igualdad de género frente a la patria potestad y la tenencia en Ecuador

Por su parte, dentro del Estado ecuatoriano se ha provisto que las condiciones tanto de hombres como mujeres son la representación de un Estado constitucional de derechos y de justicia, lo que significa que, las prácticas desarrolladas actualmente por las personas son indistintas de su

género, es decir, jurídicamente no existe una limitante que discrimine a los hombres y mujeres, permitiendo de esta manera que puedan desarrollarse dentro de la sociedad en torno a sus condiciones, capacidades e intereses (UNICEF, 2019).

Previo a realizar un análisis de la igualdad de género en el caso de la patria potestad, es sustancial tener en cuenta que, dentro de la sentencia 28-15-IN/21 sobre la inconstitucionalidad de la custodia preferente materna, la Corte Constitucional trata a la institución de la patria potestad y la tenencia bajo las mismas consideraciones, a pesar de que jurídica y doctrinariamente como se vio con antelación en un primer capítulo, no son lo mismo, siendo así, dicho precedente jurídico enmarca que, la custodia se subsume dentro de la patria potestad, y; por ende, en el presente trabajo serán tratadas con distinción.

Ahora bien, es esencial como motivo de esta investigación lograr definir que cada una de estas condiciones encaminadas y orientadas a las valoraciones sobre los niños, niñas y adolescentes, se encuentran relacionadas de manera directa con el interés superior del menor.

Es decir, si bien se deben proporcionar mecanismos que permitan que la patria potestad en el Estado ecuatoriano pueda ser ejercida por los progenitores y la tenencia otorgada a cualquiera de los padres, también, en representación del derecho de igualdad y no discriminación se debe promover que, en primer lugar existan consideraciones que permitan que dicha patria potestad tenga un carácter superior y justo, siendo el reflejo de los derechos de los niños antes que los de los padres, con lo cual, con la tenencia encomendada a uno de los padres se logre establecer que, la corresponsabilidad parental es un principio y obligación contiguo con el derecho de igualdad de género dentro de la patria potestad, siempre y cuando se actúe en beneficio del menor (López, 2016).

Al hablar de una igualdad de género dentro del Ecuador, se ha desarrollado una evolución a nivel social que saca de su rol conservador al

padre y la madre, siendo esta última quien por lo general poseía la tenencia del menor, en base a la sentencia 28-15-IN/21, en donde se declara inconstitucional esta preferencia, bien puede ser el padre quien asuma la responsabilidad de la custodia, lo que hace que, existan condiciones jurídicas iguales de los padres ante la ley, y le da la razón a la igualdad de tipo formal, no obstante, no se resuelve específicamente las ponderaciones bajo las cuales puede o no asumir el padre la custodia del menor, más bien, se habla de una generalidad en la cual se plantean trece parámetros de aplicación, que tratan como objeto principal de la controversia a la madre y no el interés superior del menor (CASO No. 28-15-IN, 2021).

En síntesis, dentro de la prenombrada sentencia por parte de la Corte Constitucional, no se emiten los requerimientos necesarios bajo los cuales se desenvuelven los parámetros de igualdad de género en la tenencia del menor. La igualdad de género para obtener la tenencia constituye, igualdad formal y la igualdad material al momento en el cual el juzgador toma en consideración el interés superior para dar la custodia a uno de los padres, considerablemente, los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, son inconstitucionales, pero no se definen lineamientos que establezcan condiciones similares entre hombres y mujeres, sino por el contrario, únicamente se elimina la preferencia materna y se siguen utilizando los mismos requerimientos que han sido manejados a lo largo de los años para dar la tenencia a las mujeres.

Al existir una representación categorizada de los trece requisitos que se plantean para determinar quién debe tener la custodia, se puede discernir que dicho criterio está bajo la consideración del juzgador, lo que significa que, la inconstitucionalidad del artículo 106 numerales 2 y 4 del CONA, declarada mediante la sentencia 28-15-IN/21 únicamente ejerce una igualdad formal, mas no material con respecto a las obligaciones de los progenitores, y los derechos del menor (Vega, 2022).

En conclusión, la verdadera esfera de la igualdad tanto formal como material, se funda en la adaptación de una tenencia o custodia compartida,

siempre y cuando, usando los mismos trece fundamentos esgrimidos por la Corte Constitucional se logre ponderar el interés superior del niño sobre la disputa judicial existente entre los progenitores.

Sin lugar a duda, a pesar de que se han declarado inconstitucionales los numerales que preceden la preferencia de la madre en la tenencia del menor, aun no se han determinado lineamientos que establezcan cuales son los argumentos reales que doten de una igualdad material verdadera entre hombres y mujeres dentro de dicha institución.

Cabe recalcar que, inclusive, cada una de las premisas presentadas en la sentencia emitida por la Corte se ha centrado en que, a pesar de determinar el auge del problema en la figura de la patria potestad, la verdadera discusión se funda en torno a la tenencia, por lo cual, al ser una institución que se subsume a la patria potestad, es menester mencionar, que el objeto de la sentencia se fundó en la mujer expresamente, dejando de lado el interés superior del niño, y; por ende, no se representó un verdadero derecho a la igualdad afectando no únicamente la institución de la tenencia, sino también, la patria potestad en torno a los derechos y obligaciones de los progenitores.

2.2.2 Corresponsabilidad parental y su influencia en la igualdad de género

La determinación de la corresponsabilidad parental, se funda en la presencia de un principio esencial dentro de los ordenamientos jurídicos que defienden a los niños, niñas y adolescentes y su bienestar sobre los padres dentro de los Estados modernos (Espejo, 2018), desde esta perspectiva, cada una de las consideraciones que se encuentren determinadas dentro de quien debe tener la tenencia de los hijos, no es superior a la responsabilidad, derechos y obligaciones que tienen los progenitores dentro de la institución de la patria potestad.

Por estos motivos, en primer lugar, es necesario determinar a que hace referencia el principio de corresponsabilidad parental y cuál es su influencia dentro de la igualdad de género, al respecto, la jurista Acuña Sanmartín expone, “la corresponsabilidad de los padres, es la referencia primordial de las relaciones filiales con los hijos, es la satisfacción de los derechos del niño y el cumplimiento de las obligaciones del padre” (Acuña Sanmartín, 2018), por lo que, se considera que cada una de las relaciones de padres e hijos constituye un vínculo que incluye caracteres de tipo, social, cultural y jurídico.

Dentro de la sentencia 28-15-IN/21, se pretendió abordar de forma prioritaria la corresponsabilidad parental, determinando que, se relaciona con la institución de la patria potestad de manera estrecha, en el sentido de que no únicamente comprende un vínculo filial, sino más bien, se extiende a los mecanismos que permitan asegurar un desarrollo integral del menor, por lo cual, es esencial citar la Constitución de la República del Ecuador, con el objetivo de determinar que dentro del artículo 83, numeral 16 se dispone lo que comprende dentro de los deberes y obligaciones de los padres para con sus hijos como parte del principio de corresponsabilidad parental, tipificando de esta manera lo siguiente:

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 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 (Asamblea Constituyente, CRE., 2008).

En base al prenombrado artículo, se evidencia que la Constitución de la República al ser parte de un Estado garantista asegura que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentren bajo la tutela y la protección de sus padres esencialmente, es por ello que, al ser la corresponsabilidad parental un principio constitucional, existía sin lugar a

duda, un conflicto eminente con una norma de un nivel jerárquico inferior como lo es el CONA, en el cual, se planteó la preferencia materna sobre la del padre, sin especificar el porqué de esta normativa, y por lo que, se puede concluir que las construcciones jurídicas dentro del territorio ecuatoriano todavía responden a un modelo de sociedad conservadora.

Por consiguiente, dentro de la sociedad ecuatoriana se pudo evidenciar hasta antes de haber emitido la inconstitucionalidad de la preferencia monoparental sobre la madre, que existió un conflicto a nivel normativo como ya fue mencionado. Sin embargo, dicho conflicto no únicamente habla de un escenario jurídico, sino por el contrario, la problemática se extiende hasta el desarrollo y evolución social, por lo cual, es fundamental considerar que actualmente a raíz de la sentencia 28-15-IN/21 para el Ecuador se ha marcado un precedente fundamental en donde se da una ponderación mayor a la Constitución de la República, y; por ende, al principio de corresponsabilidad parental, sin embargo, es apreciable que este principio en esencia, se remite a la correcta ejecución de la institución de la patria potestad y debe ser extendido hasta la tenencia.

No obstante, nuevamente a pesar de que la Corte resolvió en miras de igualdad esta sentencia, no se estableció una materialización de dicho derecho, por lo cual, se crea una problemática en torno a que si en base a los trece parámetros determinados por la Corte para obtener la tenencia de un hijo, los padres se encuentran en igualdad de condiciones, en la decisión, se debe apelar a la sana crítica del juzgador, sin embargo, esto no significa que exista una real igualdad entre los progenitores, sino por el contrario, la decisión tomada por el juzgador atenderá a su comprensión del caso, visibilizando que no siempre puede existir objetividad, lo cual quebrantaría el derecho de igualdad material, siendo la única herramienta para asegurar este derecho, la tenencia compartida.

2.3 Parámetros para la aplicación de la tenencia del menor en base a la sentencia 28-15-IN/21

Como ya fue mencionado, es oportuno considerar que la tenencia del menor se concibe entorno al bienestar del mismo, por lo cual, se han dado trece parámetros fundamentales sobre los cuales se deben asentar las decisiones de los juzgadores dentro del juicio pertinente, motivo por el que, diversos análisis jurídicos realizados, han determinado que en síntesis, el objetivo de la sentencia se transcribió a manera de formalidad, en la evaluación que debe hacer el juzgador previo a tomar una decisión sobre la continuidad del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, tras el divorcio o separación de sus progenitores, por lo que, de los trece puntos pertinentes se ha sacado la esencia de cada uno de ellos a modo de títulos cortos (Vega, 2022), que para efectos de la presente investigación serán desarrollados a continuación:

I. La opinión de los niños, niñas y adolescentes

En primer lugar, se encuentra la opinión de los menores inmersos en la contienda judicial, este hecho es referente directo de lo dispuesto en el artículo 60 del CONA, exponiendo lo siguiente, “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez” (Congreso Nacional, CONA, 2014), lo que significa que, existe un derecho absoluto sobre los actos y procedimientos de carácter judicial para que los niños, niñas y adolescentes puedan expresarse, esto se da con el objetivo de precautelar de manera fundamental sus intereses y derechos.

De la misma manera, dentro de la legislación ecuatoriana en torno a los temas de tenencia, si bien los menores pueden ser consultados en torno a su elección y preferencia de pasar mayor parte del tiempo con un padre, este derecho únicamente atiende teniendo como referente su edad, es decir, se precautela por parte del Estado ecuatoriano que la opinión que el

niño tome, debe ser libre de manipulaciones por cualquiera de las partes, precisamente los organismos internacionales defienden este derecho, específicamente con el objetivo de precautelar el interés superior del menor, siendo así, dentro del artículo 12, de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dispone lo siguiente:

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. (...) se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño (...) (Comité de los Derechos del Niño, 1991).

En el Ecuador, dentro del artículo 106, en su último inciso, se ha dispuesto textualmente que, “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” (Congreso Nacional, CONA, 2014), lo que de cierta manera representa que la opinión de los adolescentes mayores de doce años posee plena validez.

Es decir, se propende asegurar que los mismos poseen una capacidad de decisión innata acorde a su madurez, y; por ende, la decisión del juez estará encaminada a ser tomada a raíz de la opinión del menor, no obstante, estas consideraciones no son la representación de que sea la decisión correcta, hay que recordar que, los menores de dieciocho años poseen un grado de manipulación mayor, por lo cual, su opinión en los casos de tenencia no siempre es sinónimo de conciencia y desarrollo integral (Ortega, 2017).

En definitiva, los niños, niñas y adolescentes poseen el derecho de ser escuchados en cualquier tipo de contienda que exista, ya sea de tipo administrativa o en su defecto judicial, los preceptos internacionales para

concebir este derecho se enmarcan en, la libertad de expresión, el interés superior de los menores y el derecho de opinar sobre temas que puedan resultar beneficiosos o perjudiciales para su desarrollo integral, por lo cual, es sumamente importante dentro de un proceso de tenencia tener presente la capacidad comprensiva del menor, así como las condiciones que a este le rodean, para que el juzgador logre discernir si realmente la opinión que se emita pueda ser fehaciente o simplemente motivo de injerencias realizadas hacia los mismos.

II. Un cuidador sensible y emocionalmente disponible

Cuando se habla de quien se va hacer cargo de la tenencia del menor, es fundamental comprender que se debe de remitir a quien tenga mayor capacidad afectiva, pues es esencial en la etapa de desarrollo del mismo, que pueda confiarse en una figura con la que pasará mayor parte de su tiempo y la misma sea empática, comprensiva y afectiva antes los derechos e intereses de los niños (Vega, 2022), por ende, el progenitor que se quede encargado de la tenencia debe focalizar su objetivo en brindar cuidado a nivel de sus necesidades primordialmente de tipo biológicas.

Por consiguiente, dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño se plantean los derechos sobre los cuales los Estados están obligados a cumplir, y el brindar una seguridad a nivel educativo, de salud, desarrollo a nivel general e integridad tanto física como moral, psicológica y sexual como los principios predominantes sobre los cuales se funda el interés superior del niño (Comité de los Derechos del Niño, 1991).

III. Descartar amenazas hacia el menor

Los menores pueden verse afectados por diversas situaciones que atentan en contra de su integridad y por consiguiente, en contra de su derecho de dignidad humana, desde este punto de partida, la necesidad de los niños, niñas y adolescentes se centran en un desarrollo integral, por lo cual, se deben quitar todas aquellas limitantes que puedan resultar

perjudiciales para conseguir este objetivo (American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, 2020).

Las amenazas en estos casos pueden ser mínimas o escalonadas, lo que significa que no importa el grado de intensidad, sino por el contrario, la sola muestra de peligro del menor es motivo para no confiarle la tenencia a uno de los progenitores (American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, 2020).

Así mismo, se debe analizar el presupuesto de las muestras de violencia pudiendo ser estas físicas y emocionales hasta económicas y domésticas, lo que significa que el Estado ecuatoriano busca una seguridad a nivel total de cada uno de los escenarios que se puedan plantear en torno al lugar donde va a vivir el menor, con ayuda de cada uno de los pactos, convenios y tratados internacionales en donde se provea la necesidad primordial del menor sobre los padres.

IV. Continuidad de la vida del menor

Los menores pueden tener una afección a nivel emocional en el caso de cambiar sus hábitos en torno a su rutina, en factores como la educación, salud, recreación, vivienda, entre otros semejantes.

Por lo cual, atendiendo a su interés y bienestar, en la medida de lo posible se asegura que como grupo prioritario y vulnerable no se vean mayormente afectados por la separación de sus progenitores (Morales, 2018), lo cual representa que cualquier forma que permita no alterar en un grado mayor su entorno, es fundamento para conferirle la tenencia a uno de sus padres, esto quiere decir que, puede existir absolutamente la voluntad y capacidad, tanto de la madre como del padre de encargarse del cuidado de su hijo, pero si esto afecta su estabilidad es una causal para que este progenitor no se vea en igualdad de condiciones con la otra parte y no le sea conferida la custodia.

En este punto es fundamental considerar que al igual de los tres parámetros expuestos con antelación, los menores sin duda alguna, son un grupo vulnerable dentro del Estado, pero más que tratarse dentro de la sentencia sobre las necesidades que estos presentan, se orientan a buscar una igualdad entre los progenitores solo a nivel formal, mediante la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

Lo que significa que, realmente el eje central de este parámetro no habla de una igualdad material, sino por el contrario, en razones de domicilio cualquiera de los dos padres puede tener la tenencia del menor, estableciendo un régimen de visitas sobre el cual el niño tendrá que movilizarse hacia el lugar en donde se encuentre ya sea el padre o la madre (Morales, 2018), lo que significa que de todas formas esta alternabilidad parcial afecta la estabilidad que se propende con el presente parámetro.

Además, hay que sumarle el hecho de que dentro de la sentencia motivo de análisis, se plantea que por motivos económicos no será conferida la tenencia del niño, lo que quiere decir que, quien no tenga la posibilidad de movilizarse a vivir en otro domicilio que no afecte la estabilidad o inmutabilidad del niño tendrá desventaja con respecto a quien se quede en el domicilio principal del matrimonio.

V. La relación del padre y la madre con el menor

Este aspecto puede ser corroborado únicamente mediante la atención que ha sido brindada por parte de los progenitores a los niños, lo que representa que la relación existente con el menor es de calidad, lo que significa que, en base a los tratados y convenios internacionales, en torno al interés superior del menor, es posible determinar la pertenencia a nivel emocional y el vínculo afectivo de los niños con los padres, es fundamental para orientar la decisión del juez que ha sido encaminada por la vida matrimonial y las relaciones en pro del bienestar creadas para el niños por

parte de los progenitores previo a la separación de los mismos (Acuña Sanmartín, 2018).

Como se mencionó, dentro del derecho de igualdad y la sociedad conservadora ecuatoriana, por generalidad ha sido la madre quien se encarga del cuidado de los hijos, mientras el sustento económico ha sido fiado al padre, bajo esta consideración, en los casos judiciales que se presenten con esta premisa, evidentemente existe mayor vínculo afectivo con la madre (Espejo, 2018)

Por lo cual, nuevamente se atenta en contra del derecho de igualdad material, lo que significa que, si bien el padre puede tener todos los recursos para encargarse del cuidado del menor, y precisamente por brindarle una sostenibilidad tanto económica, como física y emocional estable, debe confiar su cuidado a la madre, este hecho, no debería denotar que sea el quien se quede sin la tenencia de su hijo.

VI. Identidad de los niños, niñas y adolescentes

El derecho a la identidad comprende un sin número de derechos relacionados con el interés superior del menor como objetivo, por lo que, la Comisión Internacional de Juristas, ha esgrimido que, el derecho a la identidad en los niños es el significado de nacionalidad, nombre e identificación dentro de la sociedad, la identidad del menor es representada siempre en conjunto con su nacimiento (Comité Internacional de Juristas, 2020), y; en definitiva puede configurar los lineamientos sobre la sociedad en el cual se desarrolla.

Ahora bien, es necesario denotar que como elemento en la tenencia del menor, la identidad es un derecho tomado por regla general en todos los casos, por los dos padres.

Es decir, previo a que pueda existir una separación, el derecho de identidad es inherente al niño, respetando uno de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de igual forma ejerciendo el

derecho de la patria potestad, por lo cual la igualdad de condiciones no es precisamente la representación de los hombres y las mujeres dentro de la identidad del menor, a menos que este sea reconocido únicamente por la madre, mas no por el padre, fuera de ello, el menor posee identidad dotada por ambos progenitores, lo que representa que no es un argumento válido dentro de la decisión del juzgador, y; más que buscar el interés superior del niño, busca una aplicación formalista de la normativa emanada.

VII. El entorno adecuado para el menor atendiendo a la aptitud e idoneidad de los progenitores

Este elemento es sustancial, pues genera a cierto nivel conceptual una contradicción, en primer lugar, se plantea que los padres deben tener aptitudes para poder tener la tenencia del menor, así como ser idóneos para la misma, sin embargo, por otro lado, no se presenta dentro de este requerimiento, cuales son los medios para determinar la aptitud idónea de los padres, sin lugar a duda, la interpretación que se puede dar al texto, puede abarcar aspectos tanto sociales, como económicos, en realidad estos últimos serían el argumento primordial para poder determinar si un padre puede estar o no a cargo de su hijo (Acuña Sanmartín, 2018).

Por ello, es necesario recordar que, a pesar de haber sido mencionado en la precedente sentencia, que bajo ningún concepto se adoptaran los recursos económicos, también hay que considerar que son precisamente estos recursos los cuales hacen que dentro del Estado ecuatoriano que aún se encuentra en vías de desarrollo, un niño pueda tener acceso a la educación, salud, vestimenta, alimentación, entre otros.

En definitiva, para la Corte Constitucional, este requisito comprende tres elementos sustanciales a tener en cuenta, en primer lugar la edad del menor, lo que significa que entorno a su desarrollo emocional podría discernirse que es lo más favorable para el mismo, en segundo lugar, el cuidado, para lo cual se necesitan de condiciones que precautelen la integridad de los miembros del hogar, y finalmente, la protección y

seguridad, estos elementos abarcan en su extensión una doble óptica de aplicación, por un lado la protección y seguridad brindada por sus progenitores, y por otro, la protección y seguridad otorgados por el Estado hacia los padres para que estos a su vez puedan extenderlos hacia sus hijos (CASO No. 28-15-IN, 2021).

VIII. Los daños ocasionados al menor o que se puedan ocasionar al mismo

Como se vio previamente en el numeral tercero de los presentes requisitos, la determinación de precedentes que puedan asegurar que los niños posean daños a nivel psíquico, moral o físico se enmarcan dentro de las amenazas hacia su vida.

Por lo cual, al fiar la tenencia a una de las partes este elemento resulta especial, pues es adaptable con el derecho de opinión que poseen los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, no únicamente son los daños físicos los que se pueden denotar, ya que, dentro de la manipulación o injerencia de ideas hacia los menores, se crea un daño psicológico (Montoya, 2018), lo que representa que la decisión del juzgador siempre estará en tela de duda, pues no existe un mecanismo idóneo que asegure que existe o no un daño ocasionado al menor.

La problemática se convierte en escalonada, cuando, se pretende establecer que puedan existir daños a futuro, ya que es un hecho incierto, lo que representa que cualquiera que se la decisión del juez en torno a la tenencia no siempre puede ser la correcta (Ortega, 2017), lo que deja a sobre manera en duda, si realmente se está aplicando el derecho a la igualdad y no discriminación, o únicamente se le está fiando esta responsabilidad a uno de los padres en base a presunciones.

IX. La cooperación entre los progenitores

Cuando se lleva a cabo un proceso de divorcio o separación, la generalidad es la disputa legal existente y la falta de comunicación entre

los padres, lo que evidentemente afecta a los hijos menores, por lo cual, es sustancial determinar que pueda existir un vínculo de cooperación entre los padres, lo que significa que a pesar de la separación debe existir el cuidado de las relaciones tanto entre los hijos y los padres, como en entre los mismos progenitores, y de esta forma, lograr la preservación de un ambiente familiar idóneo (Triana Pérez, 2020).

Cuando existe un buen vínculo de comunicación entre los progenitores; y al no existir dentro del Estado ecuatoriano la tenencia compartida, se puede establecer un correcto régimen de visitas, encaminado al abierto, mediante el cual, cualquiera de los progenitores al que no se le ha encargado la tenencia del hijo, pueda establecer que horario es preferente para el mismo para poder visitar al menor y cumplir con sus labores como padre a nivel emocional (Triana Pérez, 2020).

A modo de conclusión, la cooperación entre los progenitores es realmente el único mecanismo dentro de estos trece requerimientos que se enfoca en la igualdad tanto material, como formal y la no discriminación, esto se funda en aspectos esenciales como lo es la comunicación, en la cual se pueden establecer normas, reglas y acuerdos estimados en torno a las posibilidad y capacidades de cada padre y por consiguiente, se consiga que ninguna de las partes se vea perjudicada en torno a la tenencia del menor.

X. Los vínculos afectivos existentes

La única diferencia de este punto con referencia a las relaciones creadas antes de la separación entre los padres e hijos, se remite a la existencia de vínculos afectivos ampliados para todos los entornos del menor, es decir, se habla de los padres y la familia a nivel extendida de cada uno de ellos, hay que reconocer que existen dentro de los diferentes tipos de familias reconocidos jurídica y doctrinariamente, la familia extensa que se considera como, “la cual es integrada por abuelos, padres, tíos,

primos, entre cualquier otro miembro que coexista dentro del hogar” (Carrión, 2018).

Por tanto, este fundamento responde a la premisa de la continuidad del menor atendiendo a su interés superior, pues para los niños, niñas y adolescentes en cualquiera de sus etapas, es sustancial no alterar los vínculos que pueda tener el menor conforme a otros miembros que componen la familia.

De la misma manera, cada uno de los requerimientos sobre la tenencia, deben ser comprendidos desde diferentes perspectivas, pues la misma puede ser confiada a un progenitor que vive externo al eje familiar inicial en caso de realizarse una ponderación entre los presentes requisitos, lo que afecta la igualdad entre los progenitores, no obstante, lo que realmente debería ser discutible dentro de esta sentencia es el interés superior del menor sobre los intereses de los padres, si es que realmente se quieren cuidar de los dos derechos tanto, de igualdad como de interés superior, se lo puede realizar mediante la tenencia compartida y a si mismo se protege la institución de la patria potestad.

XI. Factores adicionales

Se plantea dentro del onceavo requisito, los factores adicionales que se puedan presentar durante el litigio de los progenitores por la tenencia, además de la edad que es referente directo de la madurez que pueda tener el menor en torno a las decisiones que se vayan a tomar sobre él, también, existen factores que pueden darse en base a la variedad de características existentes entre los seres humanos.

Al respecto, la ONU expresa textualmente que:

No siempre las separaciones de los padres se dan bajo condiciones de generalidad, es decir, con hijos sin problemáticas más allá de los emocionales que desencadenaran a raíz de la separación, sino, en la diversidad del ser humano existen niños que pertenecen a grupos

prioritarios de atención (Organización de Naciones Unidas, ONU, 2018).

Por lo cual, al existir distintas características dentro de los hijos, deviene la posibilidad de aquellos que posean condiciones relativas a la discapacidad ya sea de tipo físico, psíquico, intelectual o sensorial, de igual forma, se puede percibir que como grupos prioritarios también existen las diferentes etnias, razas o culturas en torno al desarrollo social sobre los cuales tienen sus cimientos los niños, niñas y adolescentes.

En este caso, la perspectiva del juzgador nuevamente debe encaminarse en torno a su sana crítica y sobre todo el interés superior, siendo así, la referencia de la igualdad de condiciones entre los padres tiene una jerarquía menor sobre los derechos del niño, pues más que determinar si cualquiera de los padres tiene la intención o interés de tener el cuidado del niño, lo realmente importante es, si existen las capacidades para que, en el caso de los menores discapacitados posean un desarrollo integral eficaz en el cuidado de cualquiera de los dos padres.

XII. Informes técnicos

Con cada uno de los requisitos presentados anteriormente se deben presentar informes que sirvan para la valoración del juzgador en torno a su decisión, por lo mismo, cada uno de estos informes deben ser realizados por las unidades de familia, esto significa que, todas las decisiones emitidas se deben realizar en base a los diversos informes, estos informes se adaptan al contexto de cada uno de los casos, esto quiere decir, que pueden ser de carácter psicológico, médico o con los llamados trabajadores sociales que por lo general se deben encargar de todo el entorno del menor.

Los informes técnicos también sirven como medio para determinar la existencia de la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres dentro de la tenencia del menor, esto significa que, para que pueda ser conferida dicha institución entre los progenitores es sustancial descartar todas

aquellas condiciones que se remitan a la incapacidad o falta de mecanismos de los padres para poder cuidar de su hijo.

A pesar de haber buscado como objetivo primordial igualar las condiciones de los padres mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, el objetivo real de la sentencia debería ser propender el interés superior del niño sobre cualquier otro recurso, en realidad, los informes técnicos si son referencias de la ponderación de este derecho, no obstante, a lo que están orientados dentro de la presente sentencia es a los padres, y la igualdad formal entre ellos.

XIII. La motivación de la sentencia

Finalmente, la decisión del juzgador dentro de la contienda judicial debe ser motivada, esto significa que, cada uno de los parámetros detallados con antelación son motivo de análisis y adaptación a cada caso pertinente, lo que quiere decir que, la motivación es esencial si es que lo que se pretende es demostrar que se usaron criterios de igualdad entre los progenitores.

Cabe recalcar que la motivación de la cual se habla dentro de los presentes lineamientos, debe responder necesariamente a la ponderación de los derechos del niño sobre los de los padres, este hecho es significativo, pues evidentemente el interés superior del menor prevalece a pesar de cualquier decisión o interés que puedan tener los padres.

El punto de partida de la motivación de la sentencia de tenencia se funda en la exigencia de las garantías procesales, por lo cual, dentro de la Constitución de la República se dispone lo siguiente:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán

ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (Asamblea Constituyente, CRE., 2008).

Continuando, con referencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes la idea que se respalda primordialmente es que la motivación sea de carácter ponderativo, al respecto, Machado a modo de conclusión expresa:

Dentro de los juicios de tenencia, debe existir una motivación suficiente en relación con las necesidades del menor, ya que lo ideal antes que los padres, es fundamentar que el hijo queda en las manos correctas, en donde se asegure y resguarde su desarrollo integral en cada una de las etapas de su vida (Machado, 2018).

2.3.1 Conclusiones en torno a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional del Ecuador sobre la tenencia del menor

En conclusión, dentro de los parámetros que han sido esgrimidos por parte de la Corte Constitucional en torno a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna en la tenencia, resulta fundamental discernir en primer lugar que, existe redundancia en cuanto a los diversos elementos que se plantean, es decir, algunas consideraciones son repetidas en diversos numerales, lo que hace que únicamente se torne formal el derecho de la igualdad, de la misma manera, es necesario reconocer que todo tema que sea tocado como reflejo de los derechos del niño, es inevitable que exista una ponderación en cuanto al interés superior del menor, incluso sobre el derecho de igualdad de los progenitores tratado a lo largo de la presente sentencia.

Continuando, la decisión del juzgador tomada en base los trece parámetros planteados no aseguran que se cumpla con el principio de igualdad, en realidad, las diversas categorizaciones hacen que exista una brecha referente a la igualdad material y la no discriminación, ya que queda a sana crítica del juzgador la toma de la decisión probablemente más importante dentro del desarrollo de los hijos. Siendo así, resulta fundamental esclarecer que, las figuras que realmente se ven afectadas son en un primer lugar la patria potestad, el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental y la igualdad material y formal en conjunto con la no discriminación.

Como primer punto la patria potestad, a pesar de que el ejercicio de esta institución tiene su esencia en la toma de decisiones y cumplimiento de obligaciones por parte de ambos progenitores, al existir una tenencia a nivel monoparental, se presencia mayores oportunidades de un vínculo afectivo entre el padre a quien se le encarga la tenencia y los hijos menores, por lo cual, en la práctica, muchas de las decisiones tomadas en torno a la vida de los hijos no siempre son compartida, lo que afecta el derecho de igualdad y; por ende, la institución de la patria potestad.

En segundo lugar la afección del interés superior del niño, como se vio con anterioridad este derecho debe estar por encima de todos los demás, por lo cual, al prever dentro de la sentencia la igualdad de los progenitores y al usar argumentos únicamente encaminados sobre la mujer, por encima de los derechos del niño, no se respeta la ponderación del interés superior.

Continuando con la corresponsabilidad parental, la misma que dentro de la tenencia monoparental se afecta como se vio en la institución de la patria potestad, por lo cual no existe un ejercicio efectivo de tal principio, este aspecto no afecta únicamente a los padres sino, se hace extensivo hacia los hijos.

Finalmente, en cuanto a la igualdad tanto formal como material y la no discriminación, si se observa únicamente los trece parámetros desarrollados con antelación se puede inclusive discernir que, las premisas se fundan en el interés superior del niño, no obstante, a lo largo de toda la sentencia cada una de las decisiones son tomadas en torno al rol de la mujer dentro de la sociedad.

Por consiguiente, la sentencia asienta sus premisas en la mujer más que en los niños, niñas y adolescentes que son el motivo de controversia real. Teniendo como referente, la igualdad que fue el derecho que se trató de proteger, si bien la declaratoria de inconstitucional hacia la preferencia maternal elimina la limitante en cuanto al padre sobre la tenencia del menor, no hace que se produzca un efecto fehaciente.

Esto se debe a que, aún existen los mismos medios y normativas aplicables como se lo hacía en el caso de la preferencia hacia la madre, dicho aspecto se puede ver reflejado dentro de los numerales 2, 4 y 10 de los parámetros desarrollados con anterioridad, así como en el no establecimiento de mecanismos que puedan asegurar que el ejercicio de la patria potestad no se va a ver afectado nuevamente por la tenencia monoparental, siendo la única fuente segura en cuanto a los derechos de igualdad y de interés superior del niño, la tenencia compartida.

CAPITULO III

LA TENENCIA COMPARTIDA COMO VERDADERO REFERENTE DE LA IGUALDAD FORMAL, MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN DENTRO DEL TERRITORIO ECUATORIANO

3.1 Definición de tenencia compartida

Es necesario comprender que la tenencia compartida dentro de Latinoamérica no ha sido estudiada con detenimiento, lo que quiere decir que, muy pocos países han realizado propuesta para que pueda darse su aplicación normativa eficaz dentro de cada uno de los diferentes territorios, por lo cual, es fundamental para la presente investigación desarrollar la diferentes definiciones que se han dado en torno a esta institución.

En consecuencia, para Quimbita, la tenencia compartida constituye una de las figuras jurídicas más importantes relativas al desarrollo del menor después de la separación de los padres, por lo tanto, al existir una buena relación entre los progenitores y un acuerdo entre los mismos, puede determinarse que ambos ejerzan la tenencia legal de los hijos menores de edad, con lo cual se mantienen un vínculo estable en el cuidado y crianza del menor, así como en la figura de la patria potestad (Quimbita Rocha , 2017).

De igual forma, dentro de la OMS, se ha determinado que la custodia compartida es la representación de los derechos e intereses del niño, teniendo en cuenta los principios, obligaciones y derechos que rigen los vínculos paterno – filiales, por lo cual, la necesidad de comprender los elementos jurídicos y médicos que se enmarcan dentro de esta decisión, es fundamental pues, tiende a precautelar la salud psicológica de todos, tanto hijos como padres (Organización Mundial de la Salud, 2019).

Por su parte, dentro del punto de vista psicológico, la tenencia compartida puede ser favorable desde diferentes aspectos, tanto a niveles familiares y emocionales, como comportamentales, académicos y por ende,

sociales. Siendo así, se han reportado menores niveles de conflictos anímicos en los menores que sufren la separación de sus progenitores, presentándose inclusive, menor disipación ante la pérdida por parte de los niños, niñas y adolescentes (Marín , Dujo, & Horcajo , 2017).

Jurídicamente, la equidad de género es el componente de tres elementos sustanciales, la igualdad, la equidad y primordialmente los derechos de los niños. Esta institución es la representación máxima de la corresponsabilidad parental y el ejercicio eficaz de la patria potestad posterior a la separación de los progenitores, la esencia es que los padres no pierdan contacto con el menor, como sucede en la tenencia monoparental, sino por el contrario, todas las decisiones en torno al mismo y, en general dentro del desarrollo integral de los hijos, los padres actúan proporcionalmente (Silva Palacios, 2020).

En conclusión, la tenencia compartida es definida como, el ejercicio de las obligaciones conjuntas de los padres, como lo respalda el principio de corresponsabilidad parental, a diferencia de la tenencia monoparental, la cual se la ejerce únicamente por uno de los progenitores. La tenencia compartida es la referencia directa de la patria potestad, ya que el menor comparte la misma cantidad de tiempo con ambos padres, de igual forma, esta institución trae beneficios a nivel social, psicológico y familiar para todos los involucrados, ya que se prevé que la separación sea menos perjudicial para los hijos menores, así como se aseguran los principios de igualdad entre hombres y mujeres; y, finalmente, se equiparen las condiciones de convivencia entre los padres e hijos.

Equidad de género

Como se pudo ver con anterioridad, uno de los elementos que resaltan dentro de esta institución a nivel jurídico, es la equidad de género, la cual comprende distinciones con la igualdad, por lo cual, resulta sustancial determinar que dentro del territorio ecuatoriano, si bien no se ha dispuesto a la figura de la equidad, si se la ha tratado al hablar de la

igualdad formal, constituyendo de esta forma que, la equidad, comprende todas las circunstancias, elementos y herramientas que se logren dar para equiparar las condiciones entre las personas, en este caso expreso, entre hombres y mujeres al referirse a la tenencia de los hijos menores (UNESCO, 2018).

Sin duda alguna, dentro de Latinoamérica, la tenencia de los hijos tras la separación o divorcio de los padres ha sido una de las varias decisiones estatales para darle un valor de supremacía a la mujer frente al hombre, sin embargo, la decisión de la preferencia materna sobre la paterna en muchos de los casos no ha sido la adecuada, ya sea porque el menor presenta complicaciones a nivel psicológico, académico y en general social, porque es un medio en el cual se propaga la distancia entre los progenitores y reduce la comunicación entre los mismos, o porque como su nombre lo dice, es una decisión preferente que afecta los intereses del padre y por tanto, afecta los derechos de igualdad (Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México, 2022).

Es decir, la equidad de género dentro de la tenencia, es fundamental pues, propende equiparar las condiciones de los hombres y las mujeres; y por ende, sus obligaciones, responsabilidades y derechos con sus hijos. Estos motivos permiten determinar que, la igualdad de género es un elemento que se puede ver reflejado de manera clara dentro de la tenencia de tipo compartida, pues los derechos y obligaciones de los padres son compartidos en un 50%, lo que refleja que las decisiones tomadas en torno al menor, se las hará en pleno conocimiento del otro progenitor, evitando la toma de decisiones arbitrarias y evitando que el menor pase tiempo prolongado sin ver a uno de sus padres, como sucede en la tenencia monoparental.

3.2 La tenencia compartida y el interés superior del niño

En primer lugar, contemplando el interés superior del niño como primordial, surge la necesidad de citar al Comité de las Naciones Unidas

de los Derechos del Niño, el cual pertinentemente hace mención a que, dicho derecho debe ser visto desde tres consideraciones legales, en primer lugar, debe ser una normativa para los procedimientos, es decir, todas las decisiones que se vayan a tomar con respecto al menor o a su entorno deben ser previamente motivadas, de igual forma, es parte del derecho sustantivo, es decir, tiene un objeto propio, el cual es proteger al menor y asegurar la materialización de sus derechos, finalmente, es de carácter interpretativo, y de las diversas interpretaciones que puede presentar se debe acoger la más favorable para el niño (Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, 2019).

En la legislación ecuatoriana, el interés superior del niño se encuentra respaldado constitucionalmente, lo que hace referencia directa al artículo 44 de la Constitución de la República, disponiendo lo siguiente:

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 (Asamblea Constituyente, CRE., 2008)

Teniendo como referente las consideraciones jurídicas establecidas con anterioridad, es evidente la ponderación de los Intereses del menor, mismos que deben ser visibilizados previo a tomar una decisión sobre su vida y desarrollo, por lo cual, dentro del divorcio o la separación de los padres es necesario remitirse a cada uno de los derechos y figuras jurídicas que protejan este principio, entre los cuales se incluye la tenencia compartida.

Como se planeó con antelación, la tenencia compartida es el reflejo del verdadero ejercicio de la patria potestad, esto en definitiva se debe a la equiparación de responsabilidades y derechos entre los padres, por lo cual, la institución de la patria potestad puede presentar una mayor eficacia dentro de la protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes.

Las consideraciones que se plantean dentro de esta modalidad, responden a diferentes presupuestos, los cuales se orientan hacia dos aspectos elementales, siendo estos a nivel psicológico y a nivel jurídico, al respecto, Acuña Sanmartín expresa, “la tenencia compartida beneficia de sobremanera la corresponsabilidad parental, alentando procesos de separación idóneos en el campo psicológico y jurídico, permitiendo el ejercicio eficaz de la patria potestad” (Acuña Sanmartín, 2018).

Utilizando los dos elementos mencionados presentes dentro de la institución de la tenencia compartida, en primer lugar, al hablar de psicología, hay que recordar que lo primordial para el Estado es precautelar la salud mental de los hijos menores posterior a una separación, utilizando como medio esta figura jurídica se ha logrado demostrar que, existen tres puntos psicológicos fundamentales que apoyan a este tipo de tenencia (López, 2016), siendo estos:

Capacidad de adaptación al cambio por parte del menor

Es evidente que, dentro de cada separación se produce una afección entre los progenitores, pero esencialmente sobre los niños, niñas y adolescentes, este aspectos responden precisamente a la edad y la convivencia de los menores durante el proceso (Álvarez, 2020), por lo cual, se debe tratar de hacer de la manera menos nociva que la separación se lleve a cabo.

Los principios defendidos dentro de la tenencia compartida, tienen como presupuesto el interés superior del menor sobre cualquier otro derecho, por lo cual se ha logrado determinar que al compartir las responsabilidades entre los padres, existe una adaptación al cambio por parte de los menores, puesto que las relaciones de comunicación son estables entre los progenitores; y, por ende, existe una recepción de información mayor por parte de los niños y adolescentes (Álvarez, 2020), lo que representa la posibilidad de entender y adaptarse a las nuevas

formas de convivencia en un tiempo menor frente a la tenencia monoparental.

Continuidad de las relaciones parento – filiales

Como se apreció anteriormente, al compartir la tenencia debe existir necesariamente comunicación entre los progenitores, este hecho resalta independientemente del motivo por el cual se dio la separación, lo realmente importante en este aspecto es que, las decisiones tomadas en torno al desarrollo de los hijos menores siempre serán compartidas, evitando las arbitrariedades y fortaleciendo los vínculos paternos y maternos (UNICEF, 2019).

Por lo cual, las relaciones de padres e hijos son ininterrumpidas, lo que prioriza los vínculos afectivos existentes antes de la separación y aseguran su continuidad posterior a la misma (Ortega, 2017), ahora bien, es importante resaltar que dentro de la sentencia No. 28-15-IN, 2021, precisamente en el parámetro décimo para determinar la tenencia del menor, se habla de los vínculos afectivos existentes de forma amplia, es decir, incluyendo a abuelos, tíos, primos y cualquier otro miembro que sea parte de la convivencia del menor, por lo cual este aspecto psicológico es entendido como la continuidad de los vínculos afectivos anteriores existentes, es decir, lo importante es que el niño pueda continuar una vida y convivencia con normalidad con todos sus allegados, lo que hace menos nocivo el proceso de divorcio o separación.

Armonía psicológica para padres e hijos

Es importante comprender que, este aspecto no responde únicamente a una situación psicológica, sino también, se amplía al campo jurídico al hablar del derecho a la igualdad entre el padre y la madre (Cedeño-Cobeña, 2022), por lo cual, al presentarse el ejercicio de una corresponsabilidad parental compartida entre los mismos, también se evidencia el cuidado de la salud mental de todos los involucrados y a su

vez la utilización de los medios legales para poder tener una relación de los progenitores e hijos de calidad.

A pesar de que, diversos autores coinciden en que en los procesos de divorcio se debe precautelar la salud mental, también hay que reconocer que no es sencillo, partiendo desde la existencia de un conflicto entre quienes se suponen han creado un vínculo familiar, recordando que la familia es el núcleo de todas las relaciones, por ende, al verse afectado, es casi imposible que no se perjudique la salud mental de padres e hijos (Cedeño-Cobeña, 2022), por lo cual, al utilizar la tenencia compartida como mecanismo para asegurar la igualdad entre los padres, el interés superior del menor y el ejercicio real de la patria potestad, también se logra una armonía psicológica entre todos los involucrados en el proceso de separación.

En definitiva, las consideraciones psicológicas presentadas con anterioridad abarcan aspectos jurídicos que son la representación del interés superior del niño, por lo cual, es necesario tener presente que los hijos menores y su bienestar es fundamental sobre cualquier otra situación que se pueda desentrañar dentro del proceso de divorcio, todas las circunstancias y elementos que permitan priorizar la salud mental del menor y de los progenitores, así como los principios jurídicos que enmarcan derechos y obligaciones como la igualdad y corresponsabilidad parental, son esenciales para determinar un ejercicio verdadero de la patria potestad y un desarrollo integral del menor, por ello, la tenencia compartida es la respuesta a estas propuestas mediante el cumplimiento de los requerimientos legales necesarios para poder ejercerla.

Por otro lado, el elemento jurídico que se presenta dentro de la defensa de la tenencia compartida, es fundamental, debido a que es la base legal para dar permisividad a la aplicación de esta institución como medio para salvaguardar los derechos de los progenitores, pero primordialmente de los hijos. Partiendo de este punto de vista, es importante reconocer que diversos análisis en torno a esta institución han determinado que existen

principios rectores en torno a esta institución (Palacios, 2020), siendo estos los siguientes:

Desarrollo Integral del menor

El desarrollo integral del menor, es sustancial dentro de los procesos de separación o divorcio, en realidad lo que se busca por parte de los Estados es proteger a los niños, niñas y adolescentes sobre cualquier aspecto que pueda resultar perjudicial dentro de su desarrollo (Alegre, 2014). Dentro de la tenencia compartida se asegura igualdad entre las partes y por tanto, las decisiones tomadas de forma conjunta permiten que los niños se desarrollen de forma eficaz dentro de la sociedad.

Por estos motivos, lo que se prevé con la tenencia compartida es asegurar la menor afección posible para el menor en los procesos de divorcio permitiendo que su desarrollo no se vea afectado de mayor manera. Siendo así, en la sentencia No. 28-15-IN, 2021, se determina lo siguiente, “tras las rupturas parentales los menores suelen pasar más tiempo con la madre y sin embargo de ello, esto no contribuye a un mejor desarrollo integral” (CASO No. 28-15-IN, 2021).

Igualdad formal, material, no discriminación y coparentalidad

Alrededor de la presente investigación se ha tratado de determinar si los argumentos emitidos por la Corte Constitucional son suficientes para asegurar una igualdad tanto material como formal, y la no discriminación entre hombres y mujeres en la tenencia de los hijos menores, por lo cual, resulta fundamental manifestar que inclusive en varias intervenciones se vio oportuno considerar a la tenencia compartida como esencial para lograr una igualdad de género entre los progenitores, expresando lo siguiente, “después del divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida o el contacto sustancial con el padre no custodio. Además, existen también evidencias de que la custodia compartida es beneficiosa para los progenitores” (CASO No. 28-15-IN, 2021).

La igualdad como elemento de la tenencia compartida, representa la importancia de compartir las decisiones del niño en un 50% para ambos progenitores, esto refleja también que, en la patria potestad al deber ser ejercida por ambos padres, se vuelve mucho más sencilla su ejecución, en realidad, todos los parámetros y condiciones que se remiten a la igualdad de tipo formal y material en conjunto con la no discriminación, poseen un valor inherente al ser humano (Acuña Sanmartín, 2018), lo que significa que compartir responsabilidades equipara no únicamente a los progenitores, sino también da las condiciones, elementos y herramientas para que el menor pueda desarrollarse beneficiosamente dentro de la sociedad en todos los niveles que le sean posible.

Constitucionalmente, dentro del territorio ecuatoriano las responsabilidades sobre los hijos se encuentran reconocidas en el artículo 83, numeral 16 de la Constitución de la República, disponiendo textualmente lo siguiente:

Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción (Asamblea Constituyente, CRE., 2008).

Al comprender que dentro de la institución de la tenencia compartida cada una de las consideraciones se remiten a la necesidad de proteger el interés superior del menor sobre cualquier otro derecho que se pueda presentar, la doctrina ha demostrado que en los procesos de divorcio o separación es fundamental que se trate a los hijos con mucha mayor cautela que a los padres, por estos motivos, las diversas instituciones que giran en torno a una separación siempre utilizan la ponderación de los niños sobre los padres, como uno de los grupos vulnerables y prioritarios a proteger por parte de los Estados modernos de derechos (Alegre, 2014).

A nivel internacional, se ha concebido que cada uno de los Estados en donde se aplica la tenencia o custodia compartida tienden a usar principios básicos para su aplicación, los cuales son los mismos que conforman la patria potestad, en realidad se ha determinado en la presente investigación que dentro de la Sentencia No. 28-15-IN, 2021 motivo de análisis, la tenencia compartida surge como una figura que relaciones tres derechos sustanciales, siendo la corresponsabilidad parental, el interés superior del niño y la igualdad, dando lugar al ejercicio fehaciente de la patria potestad (Corte IDH, 2020).

Por consiguiente, de forma doctrinaria se ha planteado que existen diversos principios utilizados en la tenencia compartida, los cuales reflejan la esencia de esta institución que se remite al interés superior del niño como objeto de la misma, por lo cual, se demuestra que inclusive dentro de la sentencia No. 28-15-IN, 2021, se plantea la verdadera protección de los niños, niñas y adolescentes encaminada a la tenencia compartida, reflejando el ejercicio real de la patria potestad y asegurando los mismos derechos y obligaciones entre los padres.

3.3 Las limitaciones de la tenencia monoparental

La tenencia monoparental es la figura con mayor auge dentro de los países Latinoamericanos, por lo cual, su aplicación en muchos de los casos ha sido realizada en torno a concepciones conservadoras, encasillando al hombre y la mujer en roles determinantes al momento de tomar una decisión sobre la tenencia de los hijos menores. Estos motivos han planteado una preferencia materna sobre la decisión del juzgador, la cual no únicamente es por motivos de raciocinio del mismo, sino también, por motivos normativos, es decir, dicha preferencia como en el caso de Ecuador se encontraba dispuesta en el CONA.

Por ello, diversos juristas han planteado críticas a la figura de la tenencia monoparental, especificando que comprende diversas limitaciones tanto para los hijos, como para los padres y perjudicando el

desarrollo integral de los hijos menores a nivel social, académico y jurídico (Silva Palacios, 2020). Entre los aspectos que resaltan dentro de este tipo de tenencia se encuentran los siguientes:

- La responsabilidad a nivel económico se encuentra enfocada únicamente en el progenitor no custodio.
- Los niveles de convivencia existentes de los hijos y padres no son iguales.
- Se plantean desniveles emocionales, psicológicos en los menores y en los padres, por lo general en el padre no custodio.
- Las responsabilidades afectivas y la protección de los padres no puede ser garantizada por completo.
- A nivel jurídico existe una desigualdad normativa.
- Mayor porcentaje de tenencias a favor de la madre, demostrando un retroceso social y normativo en los Estados que adoptan mayormente esta institución.
- Desigualdad de derechos, responsabilidades y obligaciones para los progenitores.
- Las remuneraciones que la ley dispone tienden a afectar económicamente el desarrollo del progenitor no custodio y con ello, no siempre se asegura la continuidad de los vínculos afectivos.

3.3.1 La vulneración del derecho de igualdad formal, material y no discriminación en la tenencia monoparental

Como se pudo apreciar, la tenencia monoparental posee distintas limitaciones en torno a los derechos y obligaciones tanto de padres como de hijos, dentro de la sentencia No. 28-15-IN, 2021, los planteamientos se encaminan hacia la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, lo que refleja que no se prevé parámetros que puedan identificar medios de igualdad material entre los padres (Idrovo, 2022). Es necesario no confundir los trece parámetros para obtener la tenencia del menor, con un verdadero ejercicio de igualdad material, puesto que, como

se vio en un capítulo anterior efectivamente estos lineamientos no aseguran el interés superior del menor y nuevamente recaen sobre formalismos jurídicos que al final de la contienda judicial orientaran al juzgador a tomar una decisión meramente subjetiva.

De la misma manera, a pesar de buscar dentro de la sentencia el derecho a la igualdad entre los progenitores se deja de lado el interés superior del menor, lo cual inclusive se ve reflejado dentro de uno de los argumentos expresando lo siguiente, “la tenencia dentro de Ecuador cosifica a las hijas e hijos prácticamente teniéndolos como objetos (...) es una oportunidad para que las madres tomen el control de las hijas e hijos y los usen como medio de chantaje para avasallar a los padres” (CASO No. 28-15-IN, 2021). Así mismo, al referirse a la tenencia monoparental y la igualdad se manifiesta, “la distinción entre hombre y mujer para atribuir la patria potestad y la tenencia es injustificada, la cual deviene de un acto de discriminación” (CASO No. 28-15-IN, 2021).

La vulneración del derecho de igualdad se ve analizado en la sentencia únicamente en base a dos presupuestos importantes, el primero encaminado a la inequidad existente entre los padres y por otro lado, la enmarcación de la mujer como un estereotipo dentro de la sociedad (CASO No. 28-15-IN, 2021). Evidentemente, el último presupuesto se orienta únicamente a la mujer, lo que hace recaer nuevamente un estudio en las condiciones de la madre y por ende, se preponderan las necesidades de la mujer sobre las del padre; y, no se estudia que tan factible sean las decisiones tomadas en cuanto al interés superior del niño.

Constitucionalmente, la igualdad debe poseer recursos que permitan su materialización y aplicación eficaz, por lo cual, únicamente no se habla de declarar inconstitucional la preferencia materna, sino más bien, brindar los recursos, lineamientos y parámetros pertinentes para equiparar las condiciones de los progenitores, como bien se dispone en la Constitución de la República en su artículo 11, numeral 2 instando al Estado a adoptar, “medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de

los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Asamblea Constituyente, CRE., 2008).

En el campo internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se plantea la igualdad ante la ley de todas las personas, la cual únicamente se consigue, siempre y cuando el Estado plantee medios de protección y equiparación de cargas entre todas las personas, así como mecanismos de protección, no distinción y no discriminación (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Por lo tanto, la evidencia de que el Estado ecuatoriano aún no se encuentra preparado para emitir lineamientos para la igualdad de género dentro de la tenencia de los hijos, denota que el único mecanismo para hacer menos nocivo el proceso de divorcio para los niños, niñas y adolescentes, es mediante la tenencia compartida, brindando adaptaciones al cambio y precautelando la salud mental tanto de padres como de hijos. Este aspecto demuestra que a pesar de declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna, no existe realmente un solo elemento que asegure igualdad entre los padres, sino por el contrario, las decisiones tomadas en torno a la tenencia del niño se regirán por la subjetividad, lo que significa que se vulneran en mayor medida los derechos de igualdad y no discriminación del progenitor no custodio.

3.3.2 Legislación comparada

Colombia

Para el análisis de la legislación colombiana es importante mencionar el artículo 288 del Código Civil de Colombia que indica:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el

padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia (Código Civil Colombiano, 1873).

Tal como se ha venido analizando en los puntos anteriores, la patria potestad, es conceder derechos y deberes a los padres en relación de los hijos, teniendo que velar por la protección y desarrollo de los menores bajo potestad, primando esta igualdad de condiciones y capacidad para ejercer de ella, que dentro de esta legislación se hace alusión a la custodia compartida, puesto que, de forma expresa indica que a falta de uno de los progenitores la ejercerá el otro.

Por otra parte la Constitución Política en su artículo 44 indica “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Constitución Política de la República de Colombia, 1991, pág. 5). Por ello, al reconocer a la familia como núcleo de la sociedad, se garantiza que las responsabilidades, derechos y obligaciones que de por medio conllevan sean eficaces y no se vulnere el ejercicio común en relación a los padres para ejercer de la potestad de sus hijos y con ello garantizar su pleno desarrollo dentro de un entorno apto e ideal para su crianza en conjunto a ambos progenitores independientemente si existen o no vínculos sentimentales.

España

En esta legislación el artículo 154 del Código Civil reformado por la Ley Orgánica 8/2021 menciona que, los no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores y esta se enfoca en la responsabilidad parental que garantice el interés de los hijos e hijas. Momento en donde se recalca nuevamente la relación parental, en cuanto al cuidado del menor, enfocándose en puntos centrales como su integridad, analizando la normativa se observa necesario hablar del artículo 39 de la Constitución española, la cual establece “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría

de edad y en los demás casos en que legalmente proceda" (Constitución Española, 1978, pág. 3)

Bajo este sentido se da nacimiento a los deberes y las facultades, encontrándose la Ley N.º 15, de 8 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil en relación a la tenencia compartida, la cual dispone que la patria potestad es correspondido y ejercido por los dos progenitores, de forma conjunta y compartida. Es necesario mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013, en la cual se da paso a que la tenencia compartida no se observada como un punto de controversia en los casos de divorcios, si no como un punto central en el desarrollo del menor, así como España coloca la reforma como un paso a la corresponsabilidad parental, unificando y reforzando las medidas que se adapten de mejor manera a cada entorno familiar (Codigo Civil , 1889).

Bajo este punto, se determina que la patria potestad se basa en precautelar el beneficio de los hijos, bajo el sentido del su crecimiento personal y respeto de sus derechos e integridad física como mental. El fin que persigue es la protección del interés superior del menor, y que el conjunto de deberes y derechos que se otorga sea de forma general a los padres, sin perjuicio de su sexo.

Holanda

Para la presente investigación, ha sido necesario citar a Holanda como referente del ejercicio real de una igualdad de género frente a la custodia de los menores y la protección del interés superior del niño, por lo cual, en base a los diversos estudios realizados en torno a los diferentes niveles jurídicos, sociales y axiológicos se ha planteado que, "las necesidades de los niños están sobre los progenitores y se han planteado requerimientos adoptando el interés superior del niño y los derechos y obligaciones de los padres por igual como medio para conseguir la ponderación de dicho derecho" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2020).

Siendo así, desde el año de 1998 existe una custodia compartida, adaptando en 90% de las contiendas judiciales a este mecanismo, e inclusive, se la desarrolla sin la necesidad de llegar a dicho proceso judicial, sino, mediante las llamadas actas emitidas en la conciliación (Comisión de Derecho Holandes , 2019). Se ha determinado que dentro de la sociedad holandesa y con el fin de precautelar la salud mental de todos los involucrados es sustancia determinar la preferencia de la tenencia conjunta sobre la monoparental para todos los casos, salvo excepciones probadas oportunamente, esto responde a estudios psicológicos que expresan que:

La guarda conjunta minimiza el nivel de conflicto entre los progenitores con el tiempo. De igual manera, las investigaciones muestran que tres años después del divorcio ya se plantea una mayor cooperación entre los padres que resulta ser beneficiosa a sus hijos, por lo que haber ejercido una custodia conjunta durante esos tres años es relativo de la continuidad de las relaciones parento – filiales y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Comisión de Derecho Holandes , 2019).

Las determinaciones jurídicas en Holanda han planteado que, el verdadero ejercicio de la igualdad de género entre los padres se funda en desencastillar de los roles sociales marcados para hombres y mujeres, es decir, dentro de los divorcios, no se debe considerar al padre como el sustento económico y la madre como el sustento afectivo, ya que es base a los diversos casos, las condiciones pueden cambiar, pero no deja de ser desigual que solamente uno de ellos, entregue una cantidad económica, por el contrario dicha responsabilidad debe ser compartida y ambos progenitores tener la posibilidad de acceder afectiva y económicamente al cuidado y crianza de sus hijos (BBC News, 2017).

En el artículo 247 del Código Civil Holandés, en los numerales 3, 4 y 5 se dispone:

(...) 3. La responsabilidad parental incluye la obligación de ambos progenitores de fomentar el desarrollo de un vínculo entre el hijo y

el otro progenitor. 4. Si ambos progenitores tienen la guarda y custodia compartida del hijo, este deberá recibir el cuidado y la atención de los dos por igual (...) 5. Para poner en práctica lo estipulado en el apartado 4 anterior, los progenitores pueden llegar a un convenio o acuerdo de responsabilidad parental que regule los aspectos prácticos relacionados con la guarda y custodia tras la disolución del matrimonio (...) (Asamblea General, BW, 1992).

En definitiva, las reglas generales de la aplicación de la tenencia en Holanda responde fehacientemente al ejercicio conjunto, salvo la presencia de excepciones que puedan perjudicar o violentar el interés superior del niño, lo que significa que se realiza un test de alcance que determina si las condiciones de alguno de los progenitores no permite que este pueda mantener un contacto compartido con el menor, por lo cual a pesar de haber existido la igualdad a nivel formal y material; y haber respetado el principio de no discriminación entre los padres, se precautela sobre todas las cosas los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3.4 La viabilidad de la tenencia compartida en Ecuador

Se puede apreciar que la tenencia compartida posee mayores recursos beneficiosos que perjudiciales, como sucede en el caso de la tenencia monoparental. Por lo cual resulta necesario comprender que a pesar de haberse declarado la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, mediante la sentencia No. 28-15-IN, 2021, no se determinan lineamientos que establezca la igualdad entre los progenitores, en realidad, únicamente se plantean posturas acorde al rol que ha desarrollado la mujer dentro de la sociedad, denotando nuevamente la preferencia materna; y diferentes concepciones en torno a principios fundamentales como el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental y la patria potestad pero no su materialización en la práctica.

Como se mencionó anteriormente, al no existir un real ejercicio de la igualdad material, formal y no discriminación dentro de la tenencia en los progenitores en el Estado ecuatoriano, es necesario optar por recursos que

precautelen la integridad de los hijos menores y las obligaciones y derechos de los padres, siendo la tenencia compartida es la respuesta a esta problemática, por lo cual se han desencadenado características esenciales de dicha institución, su desarrollo y viabilidad dentro del Ecuador (European Justice, 2021), las cuales son:

- Propender a la protección del menor.
- Se permite un ejercicio verdadero de la patria potestad.
- Los padres pueden acogerse a este régimen sin necesidad de una contienda judicial.
- Las responsabilidades afectivas, de convivencia y económicas son ejercidas en un 50%.
- Se evitan arbitrariedades en torno a las decisiones de los hijos menores.
- Se da continuidad al vínculo de comunicación entre los padres protegiendo la armonía familiar.
- Se precautela la salud mental de padres e hijos.
- Se la puede ejercer en un domicilio único, el cual le pertenece al menor y son los progenitores quienes alternan, también, mediante un domicilio distinto, en donde el menor es quien se traslada y un domicilio compartido en el cual no existen relaciones maritales pero si una convivencia respetuosa y responsable.

En síntesis, la tenencia compartida respeta los intereses de los hijos y de los padres como regla general, por lo cual como se vio anteriormente, en la legislación comparada, en Colombia no existe un ejercicio real de igualdad y mucho menos de interés superior del menor, ya que jurídicamente se encuentra al mismo nivel que el Estado ecuatoriano, por su parte, España ha reconocido la custodia compartida pero no como regla general como sucede en Holanda, es decir, aun se percibe una preferencia sobre los progenitores. Estos países a excepción de Holanda, denotan que intrínsecamente se continúa afectando el interés superior del niño que está en supremacía sobre cualquier otro derecho.

Por lo cual, la viabilidad de la tenencia compartida en el Estado ecuatoriano debe ser aplicada y analizada únicamente desde la perspectiva Holandesa como verdadero referente del ejercicio de la patria potestad. Siendo así, los lineamientos estipulados anteriormente no únicamente comprenden las características de la tenencia compartida, sino también, el desarrollo de dicha institución en Holanda; y a pesar de que el mismo se constituya un país de primer mundo a diferencia de la realidad Latinoamérica, los derechos de los niños son universales, lo que significa que no existe limitante a la hora de aplicar una custodia conjunta.

En conclusión, la tenencia compartida es viable desde el interés superior del niño, al proteger este principio como fundamental por parte del Estado, se puede dar una verdadera igualdad formal, material y no discriminación entre los progenitores, así mismo, se propende asegurar la corresponsabilidad parental compartiendo las responsabilidades, decisiones, obligaciones y derechos de los padres para con sus hijos, dando como resultado un ejercicio efectivo de la patria potestad. Por lo cual, no es oportuno únicamente declarar inconstitucional la preferencia materna sobre la paterna como se vio en la sentencia motivo de análisis, sino por el contrario se debieron estipular verdaderos parámetros que doten de herramientas a los progenitores para tener una igualdad no únicamente a nivel formal, sino con mayor auge en el punto de vista material.

CONCLUSIONES

- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones ejercidos por los padres sobre los hijos, es necesario reconocer que la misma es conjunta; y, a pesar de que pueda existir la separación o divorcio de los progenitores, esta institución debe continuar siendo ejercida de forma correlativa entre el padre y la madre. Es necesario comprender que la patria potestad en la doctrina comprende la diferencia clara con la tenencia y la custodia, sin embargo, las diferentes conceptualizaciones dentro del territorio ecuatoriano llegan a confundir las tres instituciones configurando en muchos de los casos problemáticas a nivel jurídico. No obstante, no se puede pasar por alto que cualquiera que sea la definición que se le dé a esta institución, la misma responde a la protección y los intereses del menor como objetivo de su ejercicio, lo que quiere decir que, los fundamentos que se plantean en torno a la tenencia y patria potestad dentro del territorio ecuatoriano, siempre deben responder en primer lugar al principio del interés superior del niño sobre cualquier otro.
- De la misma forma, al hablar de la tenencia dentro del territorio ecuatoriano, hay que remontarse a lo dispuesto por el artículo 106 del CONA, lo que significaría la vulneración de los derechos de igualdad formal, material y no discriminación del Estado hacia el padre, por lo que, resulta oportuno señalar que la Corte Constitucional del Ecuador, atendiendo a la inconstitucionalidad de dicha preferencia a emitido la sentencia No. 28-15-IN, 2021, en la cual se determinan parámetros para que cualquiera de los progenitores pueda obtener la tenencia de los hijos menores, no obstante, dichos parámetros tienen todavía bases conservadoras, en realidad, los argumentos emitidos son especialmente dirigidos hacia las mujeres, lo que representa que en definitiva la decisión del juzgador es subjetiva, por ende, no se asegura idóneamente la igualdad de tipo material entre los progenitores, planteando únicamente trece requerimientos en los cuales, cada uno de ellos

perjudica a uno de los padres, estos motivos permiten establecer que la única forma de precautelar la igualdad entre los progenitores es obteniendo la misma cantidad de responsabilidades y derechos, siendo el medio, la tenencia compartida; y, logrando configurar el objetivo principal del Estado que es la protección del interés superior del niño en los procesos de disolución matrimonial.

- Finalmente, teniendo en cuenta que dentro de la sentencia No. 28-15-IN, 2021, motivo de análisis de la presente investigación, no se logra determinar parámetros de igualdad sobre los padres y no se prioriza el interés superior del menor, resulta esencial hacer hincapié en los elementos, principios, derechos y consideraciones planteados dentro de la tenencia compartida, dando como resultado que, el verdadero ejercicio de la patria potestad de forma conjunta tras un divorcio, únicamente se logra si ambos progenitores poseen la misma cantidad de responsabilidades, desde esta perspectiva, la igualdad no únicamente se extiende a los progenitores, sino más bien, inclusive los hijos forman fehacientemente parte del proceso de separación desde un punto de vista beneficioso para las adaptaciones que tras la contienda judicial, esto significa que, al presentar la tenencia monoparental limitaciones en su ejercicio, no existe la igualdad entre los progenitores y por ello, se afectan el desarrollo integral del menor. Por lo cual, la verdadera problemática dentro de la sentencia No. 28-15-IN, 2021 no fue únicamente declarar inconstitucionales los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, sino, lograr establecer las diferencias claras entre la patria potestad y tenencia, enmarcar los mecanismos para determinar la igualdad material entre los progenitores y buscar herramientas para priorizar el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental, el desarrollo integral del menor y el ejercicio eficaz de una patria potestad conjunta, lo cual únicamente se logra con la tenencia compartida como referente de dichos derechos y principios.

RECOMENDACIONES

- Una vez concluido el análisis del tema proyecto de investigación, es importante destacar, en primer lugar, la sentencia analizada no fue suficiente para garantizar el derecho de igualdad y no discriminación entre los padres, puesto que, el hecho de declarar su inconstitucional no asegura la equiparación de obligaciones, responsabilidades y derechos que tanto padre y madre tienen frente a sus hijos y asimismo al emitir su fallo se lo hace en torno a la progenitora materna, por ello, es necesario que la motivación de esta sentencia esté encaminada en el cumplimiento del derecho de la igualdad formal, material y no discriminación respecto a la patria potestad y tenencia de los hijos, siendo clave incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la tenencia compartida como alternativa a una coparentalidad eficaz.
- Como segundo punto, el interés superior del niño prevalece ante los demás derechos y se debe precautelar su seguridad y bienestar, el hecho de imponer el cuidado del niño a un solo progenitor, provoca afecciones en su desarrollo pues la familia es el núcleo de la sociedad y privar a los hijos de crecer en un ambiente familiar con su padre y madre contraviene lo tipificado en la ley. Ante este hecho la sentencia 28-15-IN/21 establece parámetros para confiar la patria potestad y tenencia del menor, pero, los mismos no son suficientes, ya que, la sana crítica del juzgador es imprescindible para determinar de esta, por ello, es necesario que los argumentos de esta sentencia analicen la situación del menor y de los padres en conjunto, 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

American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. (2020). *American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*. Obtenido de Las Amenazas de los Niños: ¿Cuándo hay que Tomarlas en Serio?: [aacap.org/AACAP/Families_and_Youth/Facts_for_Families/FFF-Spanish/Las-Amenazas-de-los-Niños-Cuando-Hay-Que-Tomarlas-en-Serio-065.aspx](https://www.aacap.org/AACAP/Families_and_Youth/Facts_for_Families/FFF-Spanish/Las-Amenazas-de-los-Niños-Cuando-Hay-Que-Tomarlas-en-Serio-065.aspx)

ACNUR. (2018). *Derecho a la Igualdad*. Madrid.

Acuña Sanmartín, M. (2018). *Corresponsabilidad parental. En especial el abordaje del cuidado y comunicación*. Chile.

Alegre, S. (Marzo de 2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Obtenido de <https://livrozilla.com/doc/506704/el-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.-interpretaciones-y-experien...>

Álvarez, M. (20 de enero de 2020). *Psicohuma Blog*. Obtenido de Adaptación de los niños al divorcio: <https://www.psicohuma.com/blog/77-adaptacion-de-los-ninos-al-divorcio/>

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: LexisFinder.

Asamblea Constituyente, CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.

Asamblea General, BW. (1992). *Burgerlijk Wetboek - Código Civil Holandés*

BBC News. (24 de enero de 2017). *BBC News*. Obtenido de ¿Por qué los niños holandeses son los más felices del mundo?: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-38731221>

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2020). *Efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes, experiencia extranjera*.
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cajas Córdova, A. K. (2011). Igualdad de género en la Constitución de 2008. *FORO Revista de Derecho UASB*(16).
- Carrión, G. (2018). *Diagnóstico del entorno familiar ecuatoriano desde el enfoque de la orientación educativa*. Loja.
- CASO No. 28-15-IN, 28-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 24 de noviembre de 2021).
- Cedeño-Cobeña, J. A. (abril de 2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 7(4).
- Comisión de Derecho Holandes . (2019). *Derechos de los niños y padres en la separación* .
- Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. (2019). *Observaciones sobre el Interes Superior del Niño*.
- Comité de los Derechos del Niño. (1991). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Comité Internacional de Juristas. (2020). *La identidad de los niños, niñas y adolescentes*.
- Congreso Nacional. (3 de enero de 2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Obtenido de <https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?140abf6ik643#tab-info>
- Congreso Nacional. (3 de enero de 2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: LexisFinder.
- Congreso Nacional. (24 de junio de 2005). *Código Civil*. Obtenido de <https://www-fielweb-com.vpn.ucacue.edu.ec/Index.aspx?140abf6ik643#tab-info>

- Congreso Nacional, CONA. (07 de julio de 2014). *CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*. Obtenido de https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf
- Constituyente, A. (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Medellín: Editorial.
- Consultiva, A. N. (1978). *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Corte IDH. (2020). *El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres*.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Espejo, N. (mayo de 2018). *Responsabilidad parental y relacion directa y regular*. Obtenido de Responsabilidad parental y relacion directa y regular: https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/seminario_legislar_nicolas_espejo.pdf
- European Justice*. (22 de noviembre de 2021). Obtenido de Responsabilidad parental: custodia de menores y derechos de visita: https://e-justice.europa.eu/302/ES/parental_responsibility__child_custody_and_contact_rights?NETHERLANDS&member=1
- Facio, A. (2020). La igualdad entre hombres y mujeres. *Revista de la Corte IDH*.
- García, I. (2013). *La patria potestad*. Obtenido de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=3grdBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA89&dq=la+patria+potestad&ots=fXdBN6tVq0&sig=4hOarlw1OshvLzapufzDf4zWTao#v=onepage&q=la%20patria%20potestad&f=false>
- Idrovo, I. (2022). *Limitantes de la custodia monoparental*.

- Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México. (2022). *Gobierno de México*. Obtenido de Conceptos Básicos sobre la Igualdad de Género: <http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/cbEG>
- Justicia, M. d. (1889). *Código Civil*. Madrid: Gaceta de Madrid.
- La igualdad, Corte Constitucional del Ecuador, 0028-15-IN (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 2015).
- Legislativo, C. N. (1873). *Código Civil Colombiano*. Bogotá: Temis.
- López, C. (mayo de 2016). EVOLUCIÓN DE LA CUSTODIA MONOPARENTAL A LA CUSTODIA COMPARTIDA. *Repositorio de la Universidad Autónoma de Barcelona*.
- Machado, W. (2018). *El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho de motivación*. Quito: Repositorio UASB.
- Marín , M., Dujo, V., & Horcajo , P. J. (2017). Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal. *Anuario de Psicología Jurídica Supremo español ~ y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida*.
- Montoya, A. (2018). La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental. En A. Montoya, *La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental*. Thomson Reuters.
- Morales, M. (2018). *El interes superior del niño en el proceso de tenencia*. Repositorio Institucional Universidad Nacional Federico Villarreal. Obtenido de <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/1952>
- Organización de Naciones Unidas, ONU. (2018). *ONU mujeres*. Obtenido de ONU mujeres: <https://lac.unwomen.org/es/donde-estamos/ecuador#:~:text=La%20igualdad%20de%20g%C3%A9nero%20es,un%20listado%20de%20186%20Pa%C3%ADses>.

- Organización Mundial de la Salud. (2019). *Maternidad y paternidad y custodia compartida*.
- Ortega, G. (2017). *ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ECUADOR*. Quito.
- Palacios, S. (2020). La tenencia compartida y el desarrollo integral de los menores de edad. En S. Palacios, *La tenencia compartida y el desarrollo integral de los menores de edad*. Ambato: Repositorio Universidad Técnica de Ambato.
- Pérez, M. d. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Piñas , L., Castillo, H., Zhinin, J., & Romero, E. (15 de noviembre de 2019). *Análisis de la igualdad de derechos desde una visión neoconstitucionalista en Ecuador*. Obtenido de <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1786/1342>
- Quimbita Rocha , J. J. (marzo de 2017). *Depositorio Académico de la Universidad Central del Ecuador*. Obtenido de Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, primer semestre 2016: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/10540/1/T-UCE-0013-Ab-85.pdf>
- Real Academia Española. (2 de mayo de 2022). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/potestad?m=form#3DMrbdM>
- Real Academia Española. (5 de mayo de 2022). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/derecho?m=form#EkgM4gM>

- Rodríguez, M. S. (2016). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes del hijo. *Revista Ius et Praxis*, 55-84.
- Silva Palacios, S. (25 de junio de 2020). *Repositorio Académico de la Universidad Técnica de Ambato*. Obtenido de EL DESARROLLO INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA TENENCIA COMPARTIDA EN TUNGURAHUA: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31335/1/FJCS-POSG-199.pdf>
- Triana Pérez, B. (2020). LOS EFECTOS DEL DIVORCIO EN EL PROGENITOR CUSTODIO Y NO CUSTODIO, SEGÚN LOS JÓVENES. *INFAD revista de psicología*.
- UNESCO. (2018). *IGUALDAD DE GÉNERO*.
- UNICEF. (2019). *UNICEF para cada infancia*. Obtenido de UNICEF para cada infancia: <https://www.unicef.org/lac/igualdad-de-genero>
- Vega, P. (2022). *INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CUSTODIA PREFERENTE MATERNA (28-15-IN/21)*. Quito.

ANEXOS

Nathaly Silvana León Ayavaca portadora de la cédula de ciudadanía N° **0150093169**. En calidad de autora y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“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”** 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, **18 de agosto de 20221**

F: 

Nathaly Silvana León Ayavaca

C.I. 0150093169