



**Pontificia Universidad
Católica del Ecuador**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE MANABÍ
CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN

LA PATRIA POTESTAD: ENFOQUE A PARTIR DE LA
SENTENCIA No. 28-15-IN/21

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN
INEQUIDADES, EXCLUSIONES, DESIGUALDADES Y DERECHOS HUMANOS

SUBLÍNEA DE INVESTIGACIÓN
GÉNERO E INTERCULTURALIDAD

PREVIO AL TÍTULO DE
ABOGADA

AUTORA
KELLY ANDREINA ÁLAVA CAJAPE

TUTORA
ABG. MARIA JOSE ALCIVAR QUIJANO. MG.

PORTOVIEJO, ENERO DE 2025

Certificación del Tutor de Trabajo de Integración Curricular

Ab. María José Alcívar Quijano, docente la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí.

CERTIFICO:

En mi calidad de tutora del Trabajo de Integración Curricular, certifico haber revisado el presente manuscrito de investigación, el cual que se ajusta a las normas vigentes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí, cumpliendo la Normativa del Trabajo de Integración Curricular; en consecuencia, es apto para su presentación y sustentación.

Portoviejo, 6 de enero de 2025

Atentamente,

María José Alcívar Quijano

Acta de Aprobación del Trabajo de Integración Curricular

El Tribunal examinador aprueba el Trabajo de Integración Curricular titulado “LA PATRIA POTESTAD: ENFOQUE A PARTIR DE LA SENTENCIA No. 28-15-IN/21” en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí.

Ab. María José Alcívar Quijano
Lector 1/Tutor

Ab. Carla Gende Ruperti, Mg.
Lector 2

Ab. Héctor Rangel Urdaneta, Mg.
Lector 3

Declaración de Originalidad

Este manuscrito no contiene ningún tipo de material que ha sido aceptado para la obtención de un título universitario en otra institución, excepto en forma de información de soporte que ha sido debidamente citada. Este trabajo es de total responsabilidad del autor, quien declara bajo juramento que ninguna sección de este trabajo de integración curricular infringe los derechos de otros autores.

Portoviejo, 6 de enero de 2025

Kelly Andreina Álava Cajape

CI. 1316658598

Declaración sobre Derechos de Autor

Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a distribuir este manuscrito de investigación en medios físicos y electrónicos con el fin de promover la divulgación de mis resultados a la comunidad científica y a la sociedad en general. Adicionalmente, autorizo el uso de los contenidos de esta investigación como bibliografía para fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, citando como fuente al autor de este trabajo.

Portoviejo, 6 de enero de 2025

Kelly Andreina Álava Cajape

CI. 1316658598

Aprobación de Defensa Oral Pública

Los miembros del Tribunal designados por el honorable Comité Académico dan por aprobado el Trabajo de Titulación “LA PATRIA POTESTAD: ENFOQUE A PARTIR DE LA SENTENCIA No. 28-15-IN/21”.

Ab. María José Alcívar Quijano
Tribunal 1/Tutor

Ab. Carla Gende Ruperti, Mg.
Tribunal 2

Ab. Héctor Rangel Urdaneta, Mg.
Tribunal 3

Agradecimiento

Al cumplir esta meta tan importante en mi vida, me gustaría agradecer primeramente a Dios, por ser mi fuente de fortaleza y sabiduría, por guiarme, sostenerme en cada momento y por estar siempre presente en mis días.

A mis padres, quienes con su amor incondicional, sacrificios y apoyo han sido mi pilar más firme, gracias por enseñarme el valor del esfuerzo, la importancia de la integridad y de la perseverancia, cada logro que obtengo es un reflejo del amor y la dedicación que me han brindado, son mi inspiración, mi fortaleza, y con cada paso que doy, agradezco tenerlos a mi lado. Agradezco también a mis hermanos, quienes han sido mis compañeros de vida, mis confidentes y mis mayores aliados, gracias por estar siempre ahí, compartiendo mis alegrías y alentándome en los desafíos, por ser ese recordatorio constante de que nunca estoy sola.

A mi novio, mi compañero de sueños, gracias por ser mi mayor apoyo, tus palabras de aliento, tu paciencia, y la manera en que siempre estás dispuesto a brindarme tu apoyo incondicional han sido fundamentales para que hoy pueda alcanzar esta meta.

Quiero agradecer profundamente a mi universidad, por brindarme una formación académica de excelencia y un espacio donde pude crecer como persona. De manera especial, quiero agradecer a mi tutora de tesis, la abogada María José Alcívar, por ayudarme, orientarme y por su compromiso, fue fundamental para que pueda terminar mi trabajo de investigación. Y un agradecimiento especial para todos mis profesores, gracias por haberme guiado en cada etapa de mi carrera y desafiarme a mejorar cada día.

Dedicatoria

A Dios, por haber sido mi guía en cada paso de este camino. Agradezco Su presencia constante en mi vida, su amor infinito y su gracia que me han sostenido en los momentos más difíciles.

A mis padres, por su amor incondicional, su apoyo inquebrantable y por ser mi mayor inspiración. Gracias por enseñarme a luchar por mis sueños con determinación y por mostrarme, a través de su ejemplo, el verdadero significado del esfuerzo y la perseverancia. Este logro es tanto de ustedes como mío, porque cada paso que he dado ha sido impulsado por su fe en mí.

A mi yo de pequeña, Kelly, por tener la valentía de soñar. A esa niña que empezó con grandes ilusiones y que con cada paso, por pequeño que fuera, construyó el camino hacia este logro. Este éxito es un reflejo de esos primeros sueños y del esfuerzo que comenzaste a poner desde joven. Gracias por ser la chispa que encendió este viaje y por inspirar cada paso que he dado. Este logro es un homenaje a tu coraje, a tu inocencia y a tu deseo de aprender y crecer.

Resumen

La sentencia No. 28-15-IN/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, abarcando un análisis de figuras jurídicas alusivas a los niños, niñas y adolescentes. La presente investigación analiza en qué medida afecta que aún no se cuente con la normativa adecuada para otorgar la patria potestad y la tenencia de los hijos de acuerdo a lo declarado en la sentencia, para poder realizar el análisis se realizará un estudio doctrinario de figuras jurídicas, derechos y principios, como la patria potestad, la tenencia, el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental, la igualdad y no discriminación, las cuales son fundamentales dentro del derecho de niñez y adolescencia, así como también se realizó la respectiva investigación de legislación comparada para conocer nuevos enfoques en esta materia, y al final, se analizó si la sentencia por sí sola fortalece la seguridad jurídica de los niños, niñas y adolescentes, o si es necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tenga un cambio significativo e implementen nuevas figuras jurídicas como la tenencia compartida.

Palabras clave: Tenencia, corresponsabilidad parental, interés superior, niñez y adolescencia, inconstitucionalidad.

Abstract

Judgment No. 28-15-IN/21, issued by the Constitutional Court of Ecuador, declared article 106, paragraphs 2 and 4 of the Organic Code on Children and Adolescents, unconstitutional, involving an analysis of legal figures alluding to children, girls and adolescents. The present investigation analyses to what extent it affects that there is still no adequate regulation to grant paternity and custody of children in accordance with what is stated in the judgment, to be able to carry out the analysis a doctrinal study of legal figures, rights and principles, such as paternity, custody, the best interest of the child, parental co-responsibility, equality and non-discrimination, which are fundamental within the law of childhood and adolescence, as well as the respective comparative legislation was carried out to know new approaches in this area, and in the end, it was analyzed whether the judge alone strengthens the legal security of children, girls and adolescents, or if it is necessary that the Ecuadorian legal system have a significant change and implement new legal figures such as the sharing of custody.

Key words: Custody, parental co-responsibility, superior interest, childhood and adolescence, unconstitutionality.

Tabla de contenido

Introducción	13
Presentación del Problema Jurídico	14
Objetivos	15
<i>Objetivo General</i>	15
<i>Objetivos Específicos</i>	15
Aportes y valor de la investigación	16
Capítulo I: Marco teórico - Doctrinario	17
1.1 Derechos de niños, niñas y adolescentes.....	17
<i>1.1.1 Principio de Interés Superior del Niño</i>	19
1.2 Derechos de los progenitores.....	21
<i>1.2.1 Patria potestad</i>	21
<i>1.2.2 Tenencia</i>	22
<i>1.2.3 Tipos de tenencia</i>	24
1.3 Principio de corresponsabilidad parental	26
<i>1.3.1 Relación de la corresponsabilidad parental con la sentencia No. 28-15-IN/21</i>	29
1.4 Derecho a la igualdad y no discriminación	29
<i>1.4.1 Paridad de género</i>	30
<i>1.4.2 Vulneración del derecho de igualdad y no discriminación en relación con la sentencia No. 28-15-IN/21</i>	31
Capítulo II: Marco jurisprudencial y metodológico.....	33
2.1 Marco metodológico.....	33
<i>2.1.1 Paradigma</i>	33
<i>2.1.2 Métodos de investigación</i>	33
<i>2.1.3 Técnicas e instrumentos de recolección de información</i>	34
2.2 Marco jurisprudencial.....	34
<i>2.2.1 Problemas en la legislación: artículo 106 del CONA</i>	34
<i>2.2.2 Preferencia hacia la madre y vulneración del principio del interés superior del niño</i>	35
<i>2.2.3 Falta de consideración hacia el padre en el cuidado de los hijos</i>	37
<i>2.2.4 Riesgos para la seguridad jurídica de los niños, niñas y adolescentes</i>	38

	12
2.2.5 Impacto del incumplimiento de la sentencia No. 28-15-IN/21 por parte de la Asamblea Nacional	39
2.2.6 ¿Desinterés de la asamblea nacional en garantizar los derechos de los menores?	40
2.2.7 Responsabilidad de los jueces por la aplicación equivocada de normativa inconstitucional	41
2.2.8 Derecho comparado: sobre la tenencia de los hijos y la patria potestad	43
2.2.9 Análisis comparativo con la legislación ecuatoriana	45
Capítulo III: Análisis de jurisprudencia y resultados de investigación	48
3.1 Análisis doctrinal	48
3.2 Análisis del impacto en el sistema judicial	49
3.3 Análisis comparativo con otras legislaciones	49
3.4 Resultados de las entrevistas	50
<i>Entrevista ejecutada a la abogada Luisa Jacqueline Gorozabel Acosta</i>	50
<i>Entrevista ejecutada a la abogada Kaylee Giomar Farfán Sánchez</i>	52
3.5 Análisis de las entrevistas	54
Conclusiones	56
Recomendaciones	58
Bibliografía	60

Introducción

En la actualidad, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se ha convertido en una prioridad para los Estados, reconociendo su vulnerabilidad y la necesidad de asegurarles un entorno seguro que propicie su desarrollo integral de manera adecuada, el Estado ecuatoriano al ser garantista, en su Constitución en sus artículos 35 y 44 establece un marco jurídico que garantiza su atención prioritaria por ser considerados como un grupo vulnerable.

El principio del interés superior del niño marca la importancia de que todas las decisiones y políticas públicas estén encaminadas a salvaguardar y promover el bienestar de los menores, es por esto, que por medio de la sentencia 28-15-IN/21 se busca proteger y priorizar este principio, además de promover la corresponsabilidad parental y la tenencia compartida de los hijos, que parte desde el enfoque de fomentar un equilibrio equitativo en la crianza y cuidado de los hijos. A través de la esta sentencia, se eliminó la preferencia materna que establecían los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y adolescencia, debido a que estas normas impugnadas se encontraron como contrarias a la Constitución ecuatoriana, además de que vulnera el principio del interés superior del niño, el cual obliga al Estado, la sociedad y a la familia a trabajar de manera conjunta para crear un entorno en que puedan tener un desarrollo integral de forma adecuada.

El problema de la investigación parte de que hasta el momento la Asamblea Nacional aún no ha regulado las figuras jurídicas de tenencia y patria potestad acorde a lo señalado a la sentencia, puesto que en la actualidad los problemas que surgen por la tenencia de los hijos son muy comunes en los juzgados ecuatorianos, pero con vacíos dentro del ordenamiento jurídico se torna a que se ponga en riesgo la seguridad jurídica de los niños, niñas y adolescentes, por esto, el objetivo de la investigación es hacer un análisis para identificar si el actual incumplimiento de

la asamblea nacional tiene una repercusión en las resoluciones de los jueces cuando se trata de otorgar una de esas figuras jurídicas, para ello, se estudiarán conceptos que son fundamentales dentro de la materia de familia, niñez y adolescencia, y el impacto que tienen estas en el desarrollo de los menores; también se hará un análisis de la relación que existe entre la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación con el incumplimiento de la asamblea y por último se hará una comparación entre la legislación ecuatoriana con las legislaciones de Chile, Perú y Uruguay que busca identificar similitudes, diferencias y enfoques innovadores.

Finalmente, esta investigación plantea los factores del por qué es tan importante la implementación de la tenencia compartida, la cual es una figura jurídica que busca promover la corresponsabilidad parental y también a que las relaciones entre padres e hijos no se vean afectados por separaciones o divorcios, sino más bien que ellos sigan creciendo en un entorno en donde pueden crecer y convivir con ambos progenitores.

Presentación del Problema Jurídico

La jurisprudencia constitucional en el mundo del derecho es una fuente de gran importancia que ejecuta la facultad de reformar leyes ya existentes, es por esto que la Corte Constitucional tiene gran relevancia en el Estado ecuatoriano según lo contemplado en el artículo 429 de la Constitución ecuatoriana, es decir, este órgano encargado de administrar justicia a través de sus sentencias permite que el sistema jurídico pueda adaptarse a la realidad social inclusive pudiéndose convertir en colegislador.

Existe actualmente en el Estado ecuatoriano la posible vulneración de derechos y principios constitucionales, como el interés superior de los NNA, la igualdad y no discriminación; debido a que hasta el momento no existe ninguna reforma sobre la patria

potestad y la tenencia de los hijos. El problema de este incumplimiento es que existe un potencial riesgo de aplicación errada de los juzgadores sobre la patria potestad y la tenencia de los hijos, en razón que por desconocimiento de estos se sigan basando y fundamentando en las leyes como tal, lo que provocaría la vulneración de derechos y principios ya antes mencionados, por lo cual es notorio que la Asamblea Nacional carece de interés en garantizar y salvaguardar los derechos de los menores, esta percepción se sustenta en aspectos observables en la actuación legislativa, tal como lo menciona Duchel:

En la actualidad se pasa por alto los lineamientos preestablecidos para la actualización de la realidad jurídica en el Ecuador, lo que conlleva a que se sigan vulnerando los derechos de las niñas, niños y adolescentes sujetos a la tenencia no objetiva de jueces de niveles inferiores que pueden desconocer de la relevancia jurisdiccional de la sentencia Constitucional No. 28-15-IN/21 (Duchel, 2022, p. 16).

Objetivos

Objetivo General

Analizar cómo influye la inexistencia de reformas legislativas sobre la patria potestad y tenencia de los menores de edad en las decisiones judiciales, de acuerdo con la sentencia No. 28-15-IN/21.

Objetivos Específicos

- Distinguir mediante la doctrina los conceptos de patria potestad, tenencia, corresponsabilidad parental e interés superior del niño.
- Relacionar el cómo se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación con el incumplimiento de lo declarado en la Sentencia No. 28-15- IN/21.

- Comparar a la legislación ecuatoriana con otras legislaciones sobre el derecho de patria potestad y tenencia de los hijos.

Aportes y valor de la investigación

La investigación presentada aborda la protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, destacando su relevancia en el marco legal y social del país, esta investigación aporta y tiene un valor significativo porque mediante esta se proporciona un análisis crítico sobre la situación de los derechos de los niños en Ecuador, fomentando un debate sobre la importancia de implementar políticas efectivas que aseguren su protección y desarrollo integral. También aborda tanto el marco legal como las dinámicas familiares, esta investigación ofrece una perspectiva holística que puede ser fuente para futuras investigaciones en el ámbito de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por último, los hallazgos pueden ser utilizados para mejorar la legislación ya existente y las prácticas en torno a la crianza y el bienestar infantil.

Capítulo I: Marco teórico - Doctrinario

1.1 Derechos de niños, niñas y adolescentes

La constitución de la República del Ecuador garantiza una protección especial a los derechos de niños, niñas y adolescentes por ser parte de los grupos de atención prioritaria, esto lo podemos ver reflejado en su artículo 35, el cual señala:

Artículo 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Al ser los niños y adolescentes personas vulnerables y aún en desarrollo, este derecho garantiza una protección directa e integral por parte del Estado, derechos como libre acceso a la salud, a la educación, a la comida, a la familia y a la vivienda. El derecho de atención prioritaria ayuda a que los derechos de los niños reciban la atención oportuna y eficaz para garantizarles su bienestar y desarrollo integral.

El estado está obligado a fomentar la atención prioritaria de los niños, niñas y adolescentes para garantizar el cumplimiento efectivo de sus derechos, la constitución en su artículo 44 manifiesta:

Artículo 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno

de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Priorizar el desarrollo integral y el interés superior de los niños es una obligación no solo del Estado, es una obligación también de la sociedad y de la familia, todas estas instituciones deben trabajar de manera conjunta para promover el bienestar físico, social, intelectual, emocional y mental de los niños, niñas y adolescentes. El principio de interés superior del niño es fundamental y prevalece sobre los demás intereses de cualquier persona, los niños deben de crecer en un entorno adecuado, que les asegure un desarrollo integral efectivo, es decir, deben crecer en un entorno en donde puedan alcanzar su máximo potencial y crecer de manera activa dentro de la sociedad.

El Código de la Niñez y Adolescencia, reconoce en diversos artículos como derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes los derechos de supervivencia, derechos relacionados con el desarrollo, derechos de protección y derechos de participación; todos estos derechos reflejan al principio del interés superior del niño dentro de la legislación ecuatoriana, cuyo objetivo principal es priorizar los derechos de niños y adolescentes.

Es corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia emplear las medidas que sean necesarias para garantizarle a los niños el efectivo cumplimiento de sus derechos, de esta manera el CONA en su artículo 8 menciona:

Artículo 8.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Este mismo código en su artículo 9 señala que tanto la madre como el padre tienen la obligación de mantener con sus hijos la responsabilidad compartida de la protección y el cuidado de sus hijos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Esto se encuentra estrechamente relacionado con la tenencia compartida y la corresponsabilidad parental, lo que promueve un enfoque equitativo y colaborativo en el cuidado y crianza de los hijos, incluso en situaciones de separaciones o divorcios entre los progenitores.

1.1.1 Principio de Interés Superior del Niño

Este principio es uno de los más fundamentales en materia de los derechos de los niños. Este principio se consagró en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, que define al interés superior como: “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo” (UNICEF, 1989, p.10).

Por su parte, la Constitución ecuatoriana en su artículo 44 menciona este principio, en donde señala que el Estado, la sociedad y la familia debe promover como prioridad el desarrollo integral de los niños y niñas, en donde se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Así mismo, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 11 define al interés superior del niño como:

Un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (Asamblea Nacional Constituyente, 2003).

Por otra parte, el especialista en derechos del niño Jean Zermatten, expresa referente a esto que:

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia (2003, p. 15).

Este principio se basa en que los niños, niñas y adolescentes, al ser personas en desarrollo, tienen necesidades especiales que deben protegerse y promoverse por el Estado, la sociedad y la familia para garantizar su desarrollo integral, hay varios factores que son clave en este principio, como la protección de los derechos de los niños, que como se señaló en los artículos anteriores, todas las decisiones que se tomen deben estar orientadas a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; otro factor es la opinión del niño, es importante que los niños se sientan escuchados, en razón de esto, la CDN menciona que “el niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten” (UNICEF, 1989); por último, se encuentra la situación individualizada del niño, esto se relaciona con la tenencia de los hijos y la corresponsabilidad parental, es importante resaltar que cada niño tiene necesidades específicas, por esto es necesario que cuando se trate de

otorgar la tenencia se realice una evaluación profunda e individual de las necesidades que requiere el niño, de esta manera se estarían garantizando y haciendo efectivos sus derechos.

1.2 Derechos de los progenitores

1.2.1 Patria potestad

La patria potestad es una institución jurídica que engloba todos los derechos y obligaciones que los padres tienen con sus hijos. Medina y Roveda mencionan sobre la definición de la patria potestad lo siguiente:

El conjunto de deberes, derechos y responsabilidades emergentes de la relación de padres e hijos, desde su concepción y hasta que alcanzan la plena capacidad civil, ha sido denominado históricamente “patria potestad”, y su contenido ha variado a lo largo de los tiempos (2016, p. 751).

Para Guillermo Cabanellas de Torres, en su diccionario jurídico elemental, menciona que la patria potestad es “el 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” (1993).

La patria potestad ha sido reconocida como un concepto clave en diversas culturas y legislaciones jurídica, debido a que esta institución refleja la crianza y el cuidado que los padres tienen sobre sus hijos, en donde se abarcan aspectos como la protección, educación, alimentación y salud de los hijos que sean menores de edad, sin embargo es una institución compleja que ha ido evolucionado con el paso del tiempo, en el pasado se consideraba que los padres tenían un poder casi absoluto sobre sus hijos, sin embargo, en las últimas décadas se ha establecido un enfoque más centrado en los derechos del niño. Debido a esto, Medina y Roveda expresan:

Modernamente las legislaciones y la doctrina tienden a sustituir esa denominación por “autoridad de los padres” o “responsabilidad parental”, que reflejan mejor el contenido

actual del instituto, pues su ejercicio pertenece a ambos padres y es entendido como un derecho – deber indelegable como medio para lograr el desarrollo integral de sus hijos (2016, p. 751).

Dentro de la legislación ecuatoriana, el Código Civil en su artículo 283 establece que: “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 (Asamblea Nacional Constituyente, 2005).

Es importante considerar que la patria potestad no es un derecho absoluto, los padres tienen la obligación de ejercer esta en beneficio de sus hijos, precautelando que se cumplan eficazmente sus derechos, así mismo, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de todos los niños, de garantizar que su interés superior no sea vulnerado por intereses de otras personas y de intervenir en el caso de que los padres estén afectando de forma directa sobre los derechos de sus hijos.

1.2.2 Tenencia

De acuerdo con Maldonado et al, como lo citó Pico la tenencia es:

Generalmente es utilizada para determinar la posesión, mantenimiento y guarda, de algo o alguien, pero en el Derecho de Familia, sería la persona que se va a encargar del cuidado, mantenimiento y la guarda del hijo. Con esta definición y en relación al ámbito jurídico podemos determinar que es la persona ya sea la madre o padre que se va a encargar del cuidado y guarda de los hijos (2023, p. 5426).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de lengua Española, la tuición es: “Acción y efecto de guardar o defender” (s.f).

La tenencia tiene gran relevancia dentro de la protección de los derechos de los niños, esta engloba factores que son cruciales para su desarrollo, al ser personas aún incapaces requieren ayuda de sus padres para situaciones que aún no pueden ser realizadas por ellos

mismos, de esta manera los progenitores están haciendo efectivos los derechos que sean necesarios para el cuidado, bienestar y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Por su lado, Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales señala que la tenencia de los hijos es:

Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinara cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. Una vez que se ha resuelto esa cuestión se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos (2011, p. 933).

Es notorio que existe la necesidad de resolver la situación de la tenencia de los hijos en los casos de divorcios o separaciones, pues la tenencia establece quien será el responsable principal del cuidado y de la crianza de los hijos, lo que puede tener un impacto significativo en su bienestar emocional, mental, en su desarrollo y en su estabilidad, además es importante garantizar que los niños sigan recibiendo el mismo cuidado, protección, apoyo y atención por parte de ambos padres.

La tenencia también conlleva a la división del tiempo de convivencia entre padres e hijos, lo cual puede afectar directamente a la relación que existe entre ambos, ya que en muchas ocasiones existe la posibilidad de que los tiempos de convivencia no estén distribuidos de manera igualitaria, lo cual puede producir que los hijos empiecen a alejarse del progenitor con el que ya no viven, por esto, es necesario que las autoridades competentes resuelvan y tomen decisiones en donde lo primordial sea el interés superior del niño, considerando el vínculo afectivo con cada progenitor y estableciendo una manera de que estos vínculos no se vean afectados por la separación o divorcio, también tomando en cuenta

la estabilidad en la que se encuentre el entorno familiar, las necesidades individuales de cada niño y precautelando la protección de los niños sobre cualquier situación de riesgo o violencia familiar.

1.2.3 Tipos de tenencia

En la doctrina existen dos tipos de tenencia que son: la tenencia monoparental y la tenencia compartida.

a) Tenencia monoparental

Según Noblecilla, la tenencia monoparental o también conocida como exclusiva es: “aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre” (2014, p.29).

En otras palabras, la tenencia monoparental es una alternativa factible en ciertas circunstancias, pero no debe considerarse como la única o la mejor solución en todos los casos, es por esto la importancia que tiene cada caso y deba ser analizado y evaluado de manera individual, no todos los niños viven en el mismo tipo de entorno familiar, todos requieren de necesidades especiales, las cuales tienen que ser tomadas en consideración antes de que se tome una decisión. Debido a esto, Villacis y Rodríguez señalan:

La tenencia monoparental no facilita el goce de los niños en cuanto a su derecho a la familia que se encuentra establecido en nuestra carta magna y en el cual el Estado ecuatoriano al estar suscrito en varios tratados como son la Convención de los Derechos del Niño (1989) tiene la obligación de cumplir y hacer valer los mismos y la tenencia monoparental ataca el interés superior del niño y sus desventajas son amplias y meramente negativas frente a la relación posterior que los niños enfrentan con sus padres cuando se encuentran separados (2023, p. 664).

b) Tenencia compartida

• Antecedentes

Para el doctor Farith Simón, la tenencia compartida “tiene su origen en Inglaterra en la década de los setenta del siglo XX posteriormente se ha extendido a otros países como Francia, Canadá y Estados Unidos” (2009, p. 537).

En los Estados Unidos la Tenencia Compartida es intensamente discutida, debatida y estudiada, debido al aumento de padres involucrados en el cuidado de sus hijos. La American Bar Association, ABA creó un comité especial para desarrollar estudios sobre la tenencia de menores (Child Custody Committee). Su extensión a los países de América Latina y el Ecuador ocurre posteriormente, asumiendo la tendencia mundial de que la tenencia Compartida es el reconocimiento de la forma más adecuada y benéfica en las relaciones entre padres e hijos, sirviendo como un intento para disminuir los efectos desastrosos de la mayoría de las separaciones (Badaraco, 2018, p.33-34).

• Conceptualizaciones

La tenencia compartida se presenta como un camino que da la posibilidad de que los hijos puedan seguir teniendo una relación y conexión valiosa con ambos padres, lo cual se torna trascendental para que los niños y adolescentes puedan tener un desarrollo adecuado. Respecto a este tipo de tenencia, Chaca y Vázquez, manifiestan que:

Uno de los mecanismos para ejercer la patria potestad es la tenencia; sin embargo, no es la única forma para ejercerla, ya que el ejercicio de la patria potestad también supone obligaciones de educación o de representación judicial y extrajudicial, entre otras. La tenencia compartida se podría manifestar entonces cuando el padre y la madre, son los que ejercen esa tenencia con el niño, es decir poseen el 50% del tiempo

cada uno de los progenitores, en la convivencia con los menores, los padres tienen la obligación de compartir derechos y obligaciones (2022, p. 2223).

La tenencia compartida es un derecho que concede a ambos padres la responsabilidad de sus hijos, donde madre y padre comparten derechos y obligaciones sobre ellos, como la crianza, educación, salud y las necesidades relacionadas con el cuidado y protección de los derechos de los niños.

La doctora María Catalán señala que este tipo de tenencia es “igual que si se tratara de una familia intacta” (2011), es decir, que la tenencia compartida permite que los hijos puedan mantener una relación cercana y significativa con ambos padres, de esta manera tanto la madre como el padre pueden asumir de manera activa sobre todos los factores que impliquen la protección de sus hijos. Lo que se busca con esta tenencia es que los niños y niñas no se vean afectados en la separación de sus padres, lo que se pretende es que ellos no sientan como tal el cambio, sino más bien que se sigan sintiendo protegidos, amados y cuidados por parte de sus padres.

1.3 Principio de corresponsabilidad parental

Hoy en día la estructura familiar ya ha dado pasos significativamente grandes, dando lugar a nuevos modelos de crianza, entre los cuales se encuentra la corresponsabilidad parental, que como su nombre lo indica, es la responsabilidad conjunta que tienen ambos progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos y a diferencia del modelo convencional, en donde la responsabilidad recaía principalmente sobre la madre, la corresponsabilidad impulsa una visión más equilibrada entre ambos progenitores. Para la doctora Marcela Acuña San Martín, la corresponsabilidad:

Consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre,

cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica) (2013, p. 31).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 18 que: “Es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones (1989)”. En este mismo artículo en el numeral 1 también se menciona que:

Artículo 18.- 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (1989).

Con esta misma idea, la Constitución ecuatoriana señala los numerales 1 y 5 del artículo 69 lo siguiente:

Artículo 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. 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.

5. 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 Nacional Constituyente, 2008).

Este principio se conceptualiza legalmente en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual establece que “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral

y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes” (Asamblea Nacional Constituyente, 2003).

El cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los hijos son responsabilidades que deben compartir madre y padre, pues ambos cumplen un papel importante en su vida, por esto la responsabilidad no debe de verse afectada por la situación en la que se encuentren los padres, en razón a que cuando se produzcan divorcios o separaciones que conlleven a la culminación de la relación de pareja, no signifique que desaparece la relación con los hijos, es por esto que es importante que ambos progenitores sigan siendo igualmente responsables de garantizar el bienestar físico y emocional de sus hijos.

En esta misma línea, el CONA en su artículo 101 señala sobre los derechos y deberes recíprocos de la relación parental lo siguiente:

Artículo 101.- Los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y los atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad (Asamblea Nacional Constituyente, 2003).

La corresponsabilidad parental es un principio clave para el cumplimiento de los derechos de los niños, ya que gracias a esta se puede conservar la relación personal y afectiva que debe existir entre ambos padres con sus hijos y que de esta manera los progenitores puedan impulsar su desarrollo adecuado y también puedan potenciar la equidad que debe de existir entre madre y padre, mujeres y hombres.

Este principio tiene relación con el de igualdad y no discriminación, pues se busca que haya igualdad de derechos y deberes tanto para la madre como para el padre, y que en casos de divorcios o de separación se busquen soluciones que promuevan que ambos puedan

colocar en práctica la corresponsabilidad parental, debido a que los padres forman un papel muy importante dentro de la vida y el entorno de los hijos, puesto que son estos los que les ofrecen afecto, cuidado, crianza y protección en el trayecto de sus vidas.

1.3.1 Relación de la corresponsabilidad parental con la sentencia No. 28-15-IN/21

La corresponsabilidad parental tiene relación con la sentencia No. 28-15-IN/21 dado que a partir de esta todos las juezas y jueces están obligados a considerar al interés superior del niño como factor principal en todos los casos en donde se trate de la tenencia de los hijos, eliminando así la preferencia que existía hacía las madres, pero promoviendo siempre que ambos progenitores tengan participación igualitaria en la crianza y cuidado de sus hijos.

Antes, la legislación ecuatoriana seguía la tendencia de otorgar la patria potestad y la tenencia a las madres en casos de separación o divorcio, sin considerar si tenía las condiciones adecuadas para asumir la responsabilidad de criar, cuidar y proteger a sus hijos. Lo que busca esta sentencia es establecer al bienestar y a los intereses de los niños como una prioridad absoluta para los jueces. Al establecer el interés superior del niño como derecho principal, esta sentencia promueve la responsabilidad de ambos padres, al fomentar de manera directa la corresponsabilidad parental, lo que significa que los dos progenitores tienen el derecho y la obligación de participar de manera activa en la vida de sus hijos, sin importar si uno de ellos es quien tiene la tenencia, siempre y cuando esto no afecte al interés superior del hijo o la hija.

1.4 Derecho a la igualdad y no discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación está reconocida en la Constitución ecuatoriana en el numeral 4 del artículo 66, el cual establece que: “Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La actual constitución de la República del Ecuador tiene una finalidad principal que consiste en el respecto a la igualdad; esto es conseguir una sociedad que ofrezca las garantías mínimas para que se haga efectiva la igualdad de oportunidades, aplicando principios y políticas que logren una realidad, proponiendo una igualdad formal y una igualdad material (Piñas, et al, 2019, p. 902).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), establece que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Es decir, todos los hombres y mujeres nacen libres e iguales en derechos, lo que significa que todos merecen ser tratados por igual, con dignidad, respeto y nadie debe ser sometido a tratos que sean degradantes o inhumanos.

1.4.1 Paridad de género

La paridad de género se incluye por primera vez en la Constitución ecuatoriana de 2008 como un principio de la función electoral, en donde se busca asegurar que haya una cantidad equilibrada entre hombres y mujeres dentro de la política y que tengan las mismas oportunidades de representación en cargos de liderazgo. De acuerdo con Luis Corona, la paridad de género es:

Es una estrategia que tiene como propósito garantizar la participación de forma equilibrada entre mujeres y hombres en los cargos de representación popular. La paridad en género en sí es una oportunidad para generar más espacios políticos para las mujeres para así poder participar en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la sociedad (2015, p. 117-118).

En derecho de familia, la paridad de derechos entre madre y padre se refleja en como la ley reconoce la autoridad de los padres sobre sus hijos de una manera más balanceada, debido a que se busca que ambos progenitores tengan los mismos derechos y compartan las

responsabilidades de manera igualitaria. Con relación a esto, el profesor Jesael Giraldo señala que “el viejo esquema autoritario y hegemónico se sustituye por un nuevo equilibrio en las relaciones familiares. La paridad de derechos de los cónyuges se refleja sobre la potestad que la ley reconoce a los padres frente a sus hijos” (2011, p.10).

La paridad de género conlleva mucho más que simplemente la igualdad entre mujeres y hombres, se trata de un cambio dentro de la sociedad que tiene como objetivo desechar los roles tradicionales de género los cuales suelen ser limitantes para el potencial tanto del desarrollo y como de la participación de todos quienes integran a la familia de forma igualitaria, con la superación de estos límites se consigue remodelar de manera radical las estructuras familiares, pues se permite a que los miembros de esta, independientemente de su género, puedan gozar de los mismos derechos y responsabilidades que los demás.

Este cambio está encaminado para la distribución equitativa de derechos y responsabilidades dentro de la familia, es esencial para impulsar un ambiente de convivencia más sano, justo y respetuoso dentro del hogar. Al promoverse la paridad dentro del derecho de familia, se busca crear un espacio donde todos quienes conforman a la familia puedan participar de manera activa en todas las áreas que abarcan las relaciones entre padres e hijos.

1.4.2 Vulneración del derecho de igualdad y no discriminación en relación con la sentencia No. 28-15-IN/21

La Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, emitida en 2021, marcó un punto de inflexión significativo en la protección del derecho de igualdad y la no discriminación dentro del entorno familiar, en motivo de que declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, los cuales otorgaban automáticamente la tenencia de los hijos menores de 12 años a la madre en casos de desacuerdo entre los ambos padres.

La Corte Constitucional argumentó que esta preferencia automática a favor de la madre no tenía concordancia con el derecho de igualdad y no discriminación consagrada en la Constitución ecuatoriana, lo cual estaba vulnerando de manera directa este derecho.

Desde mi punto de vista la decisión de la Corte se basó en un análisis profundo de varios factores que afecta y vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación de manera directa, esto en base al contenido de dicha sentencia, entre estos se encuentran la preferencia injustificada a la madre, porque no se consideraban las necesidades del niño y tampoco se tomaba en cuenta la capacidad del padre; otro factor fue los estereotipo de género, dado que estos numerales asociaban a la madre con la crianza de los hijos por ser mujer y al padre con el trabajo de mantener económicamente al hogar por ser hombre; y como último factor esta la desigualdad que existía entre ambos progenitores al momento de tomar decisiones, visto que se limitaba la capacidad del padre al instante de participar en las decisiones que fuesen adecuadas para garantizar los derechos de su hijo.

Capítulo II: Marco jurisprudencial y metodológico

2.1 Marco metodológico

La metodología de la investigación se define como el estudio de procedimientos que permiten alcanzar y obtener nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica, así como el desarrollo de nuevas ideas (Villanueva, 2022, p. 16).

2.1.1 Paradigma

En esta investigación se utilizará el paradigma de investigación teórica, específicamente el trialismo jurídico, que para Mascitti:

El Trialismo puede considerarse como una táctica para el logro de tres estrategias: a) desenmascarar el velo normativo para que aflore la realidad y b) desarrollar, a su vez, el rigor lógico en el funcionamiento normativo, c) promoviendo la vigencia del valor justicia dentro de un complejo axiológico; ellas tienen el objetivo estratégico de impulsar el funcionamiento adecuado del régimen de justicia, es decir del Derecho (Mascitti, 2022).

La adopción del paradigma de trialismo jurídico es esencial para comprender la complejidad de la problemática de la tenencia de los hijos, la patria potestad y la preferencia materna en Ecuador, pues al considerar tanto la normativa legal como las decisiones judiciales, se puede tener una visión más completa y contextualizada de la situación, además, al incorporar el contexto social, se pueden identificar las dinámicas sociales, culturales y políticas que influyen en la aplicación y el cumplimiento de las leyes.

2.1.2 Métodos de investigación

Método Cualitativo: Para De Pelekais, en su revista *Métodos cuantitativos y cualitativos: diferencias y tenencia*, señala que la investigación cualitativa ofrece al investigador métodos y herramientas viables y confiables para hacer de una investigación una fuente de información para la toma de decisiones (2000, p.351).

Esta metodología se emplea para abordar fenómenos que no se pueden analizar cuantitativamente, siendo particularmente útil en investigaciones que se centran en aspectos sociales, con este contexto, el análisis está dirigido a la familia como entidad social, con un énfasis específico en la responsabilidad y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Método descriptivo: El artículo científico “Investigación descriptiva”, escrito por Tatiana Mejía, establece que la investigación descriptiva es un tipo de investigación que se encarga de describir la población, situación o fenómeno alrededor del cual se centra su estudio (2020, párr.1).

La investigación adopta un enfoque descriptivo con el objetivo de profundizar en la comprensión del problema, se detallarán los riesgos y consecuencias que pueden ocasionarse debido al vacío legal que tiene actualmente el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.1.3 Técnicas e instrumentos de recolección de información

Es importante realizar una revisión bibliográfica que abarque diversas fuentes, incluyendo la doctrina, las leyes y la legislación comparada. Esta revisión no solo proporcionará un marco teórico sólido para contextualizar el problema del incumplimiento de la sentencia No. 28-15-IN/21, sino que también ayudará a identificar tendencias, precedentes y posibles soluciones adoptadas en otros contextos jurídicos.

El instrumento de recolección de información que se usará es la entrevista, a través de esta, se podrá conocer cuál es la postura que tienen los profesionales del derecho sobre la falta de regulación de las figuras jurídicas de la patria potestad y la tenencia de los hijos.

2.2 Marco jurisprudencial

2.2.1 Problemas en la legislación: artículo 106 del CONA

El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia fue y sigue siendo objeto de debate y controversia, esto debido a la preferencia notoria hacía la madre, pese a que sus

numerales 2 y 4 fueron declarados como inconstitucionales y se ordenó que se realizara una reforma por parte de la Asamblea Nacional, actualmente no existe reforma alguna sobre este artículo, lo que demuestra que no hay interés por parte de la función legislativa en salvaguardar el interés superior de los niños, poniendo en riesgo la protección efectiva de los derechos de los menores, los cuales tienen prioridad fundamental en cualquier marco legal en donde se relacione a los NNA.

La falta de interés por abordar esta reforma no solo desacredita al sistema de la función legislativa, sino que también sitúa a los niños y adolescentes en una situación vulnerable y propensa a la desprotección de sus derechos, por esto es necesario que se realice esta reforma en donde se asegure la protección efectiva de los principios de interés superior del niño, principio de igualdad, y la protección integral de los derechos de la niñez, a causa de que tanto la sociedad, la familia y el Estado tienen la responsabilidad y la obligación de promover el bienestar y el desarrollo adecuado de los menores, en donde se debe garantizar que vivan y crezcan en un entorno seguro y apropiado para su desarrollo.

2.2.2 Preferencia hacia la madre y vulneración del principio del interés superior del niño

En el año 2021 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, el cual señala lo siguiente:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión, observará las siguientes reglas:

2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior de 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 de hijo o la hija...

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

La corte expresó, que estas frases efectivamente establecen un trato diferenciado hacia la madre, en donde supone que es la idónea para la crianza y cuidado de los hijos, razón por la cual se está favoreciendo de manera automática a las madres al momento de decidir sobre la tenencia de los hijos, pasando por alto el interés superior del niño y los derechos del padre, generando afectar de manera directa al niño, pues no se garantiza que con el cuidado de la madre éste crecerá en un entorno adecuado, por esto se debe evaluar cada caso de tenencia de manera individual, en donde se busque proteger y salvaguardar la seguridad del niño por encima de los derechos de los padres.

Es necesario considerar que con la separación o divorcio de los padres, ya existe un cambio radical en el entorno familiar, ya que por lo general esto implica que uno de los padres abandone el hogar y en consecuencia de esto, uno de ellos tendrá que vivir sin sus hijos, por lo que de alguna manera se afecta la relación y el vínculo que debe existir entre ambos, entonces, sea el padre o la madre quien goce de la tenencia, igual se está afectando a la convivencia, es por esto que actualmente se fomenta la corresponsabilidad parental y la tenencia compartida, para que así, los niños no noten tanto el cambio en su hogar, sino que, por el contrario, estén seguros de que su interés superior será protegido por ambos progenitores.

Este principio debe de ser considerado y aplicado siempre en donde se deban tomar decisiones que puedan afectar al niño, por lo tanto, los jueces a quienes llamen a evaluar casos de tenencia y patria potestad deben aplicar este principio como normal fundamental, debido a esto López Contreras menciona:

Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar.

Estos probables efectos se hacen referencia en cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las que el niño, o niña o adolescente se va a rodear. Estos efectos del entorno son los que el juzgador o entidad administrativa deberá ponderar en el momento justo de tomar una decisión, derivado de lo que más le convenga al niño o niña (2015, p. 55).

2.2.3 Falta de consideración hacía el padre en el cuidado de los hijos

Otro tema que fue analizado dentro de la sentencia fue el derecho a la igualdad, dado que la preferencia materna no solo atenta contra la madre, sino también al padre y a su derecho fundamental a la igualdad, pues no se le daba la oportunidad de demostrar que tenía la capacidad para cuidar de sus hijos. El Doctor Ramiro Ávila, juez de la Corte Constitucional quien participó dentro de esta acción de inconstitucionalidad, señaló que “la madre no es naturalmente mejor cuidadora y el hombre podría ejercer el rol de cuidado” (2021, parr.33), es decir, no se debe asumir de manera automática el hecho de que las madres son las idóneas para el cuidado por ser mujeres, pues tanto las mujeres como los hombres tienen habilidades que son necesarias para la crianza de sus hijos, la capacidad que tengan los progenitores para cuidar de sus hijos no depende del género, sino del compromiso personal de cada uno de ellos.

Los padres cumplen también un papel fundamental en la vida de sus hijos y en su desarrollo, por esto, la participación por su parte siempre será necesaria, al igual que la mamá, el papá es capaz de mostrar apoyo emocional, el cual puede tener un impacto positivo en la autoestima y la confianza de sus hijos. Es así como la UNICEF manifiesta sobre la importancia del padre en el cuidado de sus hijos lo siguiente:

Los estudios indican que una paternidad activa entrega múltiples beneficios para niños y niñas ya que estos se desarrollan más sanos y mejor. Un papá comprometido y afectuoso aporta una mejor autoestima, más habilidades sociales, apoya con un mejor desempeño escolar, y entrega bienestar psicológico para los niños y niñas (2021).

El derecho de igualdad como lo estudiamos anteriormente significa que mujeres y hombres nacen libres con la misma capacidad e igualdad de derecho, por su parte Elizardo Rannauro, manifiesta otra perspectiva referente a la igualdad:

La igualdad entre mujeres y hombres supone, por ende, que la sociedad dé el mismo valor a sus semejanzas y diferencias, y a los papeles que desempeñan. Requiere que tanto los hombres como las mujeres sean miembros de pleno derecho en su familia, su comunidad y su sociedad, en la que debe considerarse una igualdad real y efectiva, que va más allá de solo una inclusión de aquella que se encuentra garantizada en la aplicabilidad de una normatividad nacional e internacional (2011, p. 206).

2.2.4 Riesgos para la seguridad jurídica de los niños, niñas y adolescentes

Si bien la sentencia No. 28-15-IN21, declaró como inconstitucionales los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con el incumplimiento de la asamblea para la reforma de estos mismos, la seguridad jurídica de los derechos de los niños se torna en riesgo, lo que provoca incertidumbre y hace que las personas se cuestionen, ¿Qué tan clara es la normativa y el procedimiento actual para otorgar la tenencia de los menores?, al no haberse aún promulgado la nueva normativa se está creando un vacío legal que afecta de manera directa a los derechos de los niños.

Se coloca en riesgo la seguridad del menor que por desconocimiento, un juez puede aplicar de forma equivocada estos numerales, podría afectar el bienestar del niño directamente, ya que no se estaría garantizando que la madre, al obtener la tenencia,

proporcionará los cuidados necesarios que requiera el menor, por esto, es tan importante evaluar cada caso de manera particular, en lugar de asumir que el niño estará bien cuidado solo por su madre, pues podría ser más beneficioso para el menor estar bajo el cuidado y protección del padre, o en el mejor de los casos, bajo el cuidado de ambos, quienes juntos velarían por salvaguardar su seguridad, además de que cumplirían con su responsabilidad compartida y gozarían de sus derechos que tienen como padres.

2.2.5 Impacto del incumplimiento de la sentencia No. 28-15-IN/21 por parte de la Asamblea Nacional

Las sentencias constitucionales son fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, como es de conocimiento, ellas son el resultado de un proceso de deliberación en donde son participes los jueces constitucionales, es por esto la gran importancia que en ellas recae, de acuerdo con Abel Zambrano:

Las sentencias constitucionales, constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los Tribunales constitucionales, tanto desde el punto de vista jurídico, como de su trascendencia política, pues dicha decisión se refiere a la interpretación de la Constitución del Estado. De allí que, las mismas sean fuente de derecho y, en nuestro medio, constituyen o forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

Las decisiones que toma el Tribunal Constitucional mediante sus sentencias son de gran importancia, pues a través de las mismas se establecen los principios, reglas constitucionales y los valores que determinan el contenido de la normativa infraconstitucional del Estado de Derecho. Por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento, y son vinculantes para todos los órganos del Estado, así como para los funcionarios y autoridades públicas (2013, p. 35)

En esta misma línea, Zambrano señala que “las decisiones adoptadas, se delimitan en el análisis de competencia de los órganos del Estado, se establece el control del ejercicio del poder político para que el mismo se efectúe en el marco del equilibrio” (2013, p. 35).

Entendemos entonces que las sentencias dictadas por la corte son de carácter obligatorio, estas ayudan a mantener equilibrio dentro del ordenamiento jurídico, razón por la cual todos los órganos jurisdiccionales están obligados a su total cumplimiento, entonces ¿Por qué aun la asamblea no cumple con la sentencia No.28-15-IN/21?

2.2.6 ¿Desinterés de la asamblea nacional en garantizar los derechos de los menores?

En la sentencia No.28-15-IN/21, se establecen ciertos lineamientos para que la Defensoría Pública formule un informe sobre los cambios que realizaron para otorgar la tenencia de los menores, por el momento solo se cuenta con el proyecto de ley del nuevo Código de la Niñez, el cual se denomina como: Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, no obstante este proyecto fue enviado el 13 de marzo del 2022 a los asambleístas, si bien este fue aprobado, dentro de la socialización se señalaron varios puntos, en donde resaltó el hecho de que consideraron que la solicitud debía ser archivada porque esta retrasaba la aprobación del proyecto, en donde se supone que debe de estar ya regulado la patria potestad y la tenencia de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional.

Debemos recordar que esta sentencia fue emitida el 24 de noviembre de 2021, y hasta el momento este tema aún no está solucionado, por lo que existe notablemente un retraso de la asamblea para cumplir con los lineamientos de la Corte, con esta misma idea el ex asambleísta Jorge Abedrabbo, en una entrevista con Ecuador TV, sobre este tema señala: “nos hemos demorado mucho como legisladores, como asamblea ha faltado mucho dentro de ello para que ya este código sea integral, un código realmente que garantice toda la protección integral de la niñez y adolescencia del país” (2022).

Esta situación provoca retos dentro del derecho de niñez y familia, en vista de que el Código de la Niñez y Adolescencia sigue en vigencia, se produce que existan vacíos legales dentro del ordenamiento jurídico debido a que este código no está acorde a la Constitución y por consiguiente, se genera que la seguridad jurídica de los niños se ponga en riesgo al ser expuestos a situaciones en donde sus derechos podrían no ser respetados. La interrogante entonces es, ¿Existe desinterés por parte de la asamblea en garantizar los derechos de los menores?, esta demora provoca que los niños sigan sin contar con un cuerpo legal sólido que garantice sus derechos y su protección integral.

Es evidente que la legislación ecuatoriana en materia de niñez y familia debe ser actualizada para enfrentar desafíos y problemas actuales como lo es la tenencia, por lo que el retraso de la asamblea genera preocupación debido a que este grupo vulnerable no cuenta con leyes que los amparen y que estén acorde a la Constitución.

2.2.7 Responsabilidad de los jueces por la aplicación equivocada de normativa inconstitucional

Los jueces y juezas ecuatorianos tienen gran responsabilidad cuando se trata de aplicar normas, si llegaron a aplicar normativa inconstitucional, sea o no por desconocimiento, seguirán siendo igual responsables sobre esa acción, ya que se espera que ellos estén siempre en constante preparación para que puedan estar actualizados, por lo que la no utilización de esta sentencia resulta error judicial y muestra también negligencia por parte de ellos, debido a que al hacerlo están perjudicando directamente a terceras personas, en este caso, a los niños, niñas y adolescentes, por lo que es importante que todos los jueces estén al tanto sobre la legislación que se encuentra vigente y su cuidadosa aplicación, más que todo cuando se trata de proteger y salvaguardar los derechos de un grupo vulnerables como lo son los menores de edad.

De acuerdo con el artículo 172 de la Constitución ecuatoriana “las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”. En esta misma línea el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 109, señala entre sus infracciones gravísimas:

La negligencia en materia disciplinaria es una forma de culpa que se caracteriza porque la o el servidor infringe su deber, pero sin el conocimiento del mismo por falta de diligencia o cuidado, al no informarse en absoluto o, de manera adecuada. La manifiesta negligencia hace referencia a una falta gravísima de la jueza, el juez, fiscal o defensora o defensor público que acarrea la responsabilidad administrativa por ignorancia, desatención o violación de normas, el incumplimiento del deber constitucional de diligencia y deberes legales que personalmente les corresponde al actuar en una causa y como efecto de lo cual se produce siempre un daño a la administración de justicia y, de manera eventual, a los justiciables y a terceros (Asamblea Nacional Constituyente, 2009).

En este orden de idea, el COFJ en su artículo 32 indica que el error judicial ocurre cuando un juez, tribunal, fiscal o defensor comete una alteración de los hechos o una interpretación errónea e indiscutible en la aplicación de normas específicas durante un proceso judicial, además que, bajo ciertas circunstancias, esta responsabilidad puede recaer también sobre el Estado.

De acuerdo con el artículo 105 del COFJ, las clases de sanciones disciplinarias serán las siguientes:

1. Amonestación escrita
2. Sanción pecuniaria que no exceda del diez por ciento de su remuneración mensual
3. Suspensión del cargo, sin goce de remuneración, por un plazo que no exceda de treinta días

4. Destitución

2.2.8 Derecho comparado: sobre la tenencia de los hijos y la patria potestad

Perú: Ley N° 27337

En Perú, la ley N° 27337 es la encargada de garantizar y proteger de manera efectiva los derechos de los menores, sobre la tenencia en su artículo 81 manifiesta:

Cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres en común acuerdo y tomados en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña. y adolescente (Ley 27337, 2020).

En esta misma línea, en su artículo 84 señala que cuando se tiene la tenencia exclusiva se deberá establecer un régimen de visitas y que la tenencia compartida podrá ser modificar de acuerdo con las necesidades del niño (Ley 27337, 2020).

Finalmente, en su artículo 87 presenta la tenencia provisional como una institución jurídica que podrá ser solicitada por el progenitor que no tenga la tenencia cuando se encuentre en peligro la integridad física de los menores de tres años, donde será crucial que el juez actúe con rapidez, pues deberá resolver estos casos en el plazo de veinticuatro horas (Ley 27337, 2020).

Por otro lado, sobre la patria potestad esta ley en su artículo 76 manifiesta que en los casos de separación o divorcios de los padres, a ninguno de los dos se le suspenderá el ejercicio de esta institución (Ley 27337, 2020).

Uruguay: Código de la Niñez y Adolescencia N° 17823

Por su parte, la Ley N° 17823 sobre la tenencia del niño y adolescente en su artículo 34 menciona que la responsabilidad de crianza, educación y desarrollo integral de los hijos corresponde a ambos padres, y que en caso de separación o divorcio no será un limitante para que los padres puedan hacer ejercicio de sus derechos, fomentando de esta manera a la corresponsabilidad parental y la tenencia compartida.

Siguiendo en esta misma línea, el artículo 35 señala que en ausencia de acuerdo entre los padres respecto a la tenencia de menores, cualquiera de ellos podrá solicitar el régimen de tenencia, en donde el juez deberá evaluar el caso considerando como primordial al interés superior del niño, en este punto, el juzgador podrá decidir si la tenencia compartida resulta beneficiosa para el menor, en donde tomará en cuenta varios factores, como la opinión del niño, el vínculo afectivo que tenga con los padres, el entorno familiar, así como también las recomendaciones de profesionales, entre otros aspectos específicos, en donde deberá promover siempre el vínculo familiar.

Así mismo, en su artículo 36 menciona a la tenencia por terceros, indicando que esta podrá ser solicitada por cualquier persona que esté interesada en la tenencia de un menor, siempre que esto no afecte a su interés superior, además de que la persona que ejerza la tenencia será la responsable de brindarle la protección y los cuidados que el menor necesite para que pueda tener un desarrollo integral adecuado.

Al respecto de la patria potestad, en su artículo 30 establece que esta será ejercida por ambos padres en forma plena, siempre y cuando ambos sean mayores de dieciocho años.

Chile: Ley N° 20680

Esta ley fue promulgada en año 2013, con el fin de proteger los derechos de los menores en los casos de divorcios o separaciones de los padres, es importante indicar que esta ley modificó al Código Civil chileno en materia de la tenencia de los hijos. Entonces, sobre el cuidado personal el Código Civil ya reformado, establece en su artículo 224 que el cuidado corresponde de manera conjunta a ambos padres, ya sea que vivan juntos o separados, deberán participar de manera activa y continua en la crianza y educación de sus hijos, promoviéndose el principio de corresponsabilidad parental.

Así mismo, en el artículo 225 se fomenta la corresponsabilidad de ambos padres, pero señala que en caso de no existir un acuerdo, los hijos permanecerán con quien estén viviendo, y si se da el caso y las circunstancias lo exijan el juez podrá asignar el cuidado al otro padre, siempre salvaguardo al interés superior de los niños, y una vez que ya esté designada la patria potestad se deberán establecer las condiciones para que se mantenga la relación y el vínculo con el otro padre, siempre y cuando esté no afecte a su interés superior.

Sobre la patria potestad también se hicieron reformas dentro de esta misma ley, por tanto, el Código Civil en su artículo 244 inciso segundo establece que a falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad, mientras que artículo 245 inciso segundo señala que los padres o el juez, pueden decidir que la patria potestad se dé solo a uno de los padres o que la compartan, esto acorde a las necesidades que requiera el menor y lo que sea más beneficioso para su desarrollo.

2.2.9 Análisis comparativo con la legislación ecuatoriana

Al igual que la legislación ecuatoriana, las legislaciones de los países que fueron ya antes analizadas, es notorio que comparten ciertas similitudes, como es que el juez es quien se encarga de evaluar las conductas de los padres en los casos en donde no existe un acuerdo por parte de ambos padres, lo que lo hace responsable de designar quien será el responsable

del cuidado del menor, siempre que no sea en los casos en donde sean menores de tres años, de ser así la tenencia la tendrá la madre, pues es necesario para el desarrollo adecuado del niño o niña.

Mientras que por otra parte, también se suelen notar algunas diferencias entre las demás legislaciones con la ecuatoriana, como en Ecuador los niños, niñas y adolescentes entre 4 y 12 años de edad estarán al cuidado y crianza de la madre, es decir, que existe la preferencia materna en donde se excluye al padre directamente y además no se toman en cuenta las necesidades del menor, si bien esto fue declarado como inconstitucional por ser contrario a la Constitución, es un tema que debió ser resuelto por la Asamblea nacional en el nuevo proyecto de ley COPINA, dicho proyecto lleva ya años de retraso, dejando a los menores en una situación de vulnerabilidad y riesgo. Mientras que las legislaciones de Chile, Uruguay y Perú tienen como fin primordial garantizar el interés superior de los niños y a su vez fomentar la tenencia compartida y la corresponsabilidad parental.

Otra diferencia, es que la legislación peruana cuenta con la institución de la tenencia provisional, la cual busca proteger a los menores de tres años, como se mencionó antes, está puede ser solicitada por el padre que no tenga la tenencia en caso de que el menor se encuentre en una situación de riesgo. Por último, la legislación uruguaya también incluye una institución jurídica con la que no cuenta el Ecuador, la cual se denomina tenencia de terceros, y es que, es importante considerar los casos en donde ninguno de los padres sea apto para cuidar y criar a sus hijos, aquí se debe considerar otorgar la tenencia a un tercero que se encuentre en condiciones óptimas para garantizar que le brindará al menor un entorno seguro para su desarrollo.

Como análisis final, la legislación ecuatoriana refleja cierto grado de desactualización respecto a la tenencia de los hijos, es necesario que se genere la reforma sobre este tema y además que se incorporen nuevas instituciones jurídicas, como la tenencia provisional y la

tenencia de terceros, estas ofrecen alternativas cuando los padres no son aptos para el cuidado de sus hijos y más cuando los menores se encuentren en riesgo, con ellas se le estaría garantizando a todos los niños, niñas y adolescentes su interés superior, fortaleciendo consigo al sistema legal encargado de la protección de los NNA.

Capítulo III: Análisis de jurisprudencia y/o resultados de investigación

3.1 Análisis doctrinal

Desde el punto de vista doctrinal, el principio del interés superior del niño es fundamental para tomar decisiones que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes, en razón a esto, este principio se encuentra reconocido tanto en la Constitución ecuatoriana como en la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se obliga al Estado, la sociedad y la familia a garantizar que las decisiones que estén relacionadas con los menores se tomen siempre considerando lo que es mejor y más conveniente para su desarrollo físico, emocional y social.

Sobre la patria potestad y la tenencia de los hijos, como se ha demostrado en esta investigación, es imprescindible que se evalúe cada situación de manera individual, sin asumir que la madre o el padre sea de forma automática el más adecuado para cuidar al menor, ya que lo que se busca es que los menores puedan crecer en un entorno favorable para su desarrollo, por ende, se debe estudiar cada caso en particular, para determinar quién es más idóneo para ejercer estas figuras jurídicas.

Al mismo tiempo, la corresponsabilidad parental se considera como un principio jurídico importante dentro del derecho de niñez, debido a que es la obligación conjunta de ambos padres de garantizar el bienestar de sus hijos, por esto, en la sentencia estudiada, se hace mención a lo esencial que resulta promover la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres en la crianza de los hijos, y de esta manera se evite que uno de los progenitores tome un rol secundario en la vida y crianza de sus hijos, por esto es necesaria la implementación de la tenencia compartida, que va de la mano con la corresponsabilidad parental y ambas buscan que los menores no se vean afectados por los cambios, sino más bien que sientan que están creciendo y desarrollándose en un entorno y hogar protegidos y seguros.

3.2 Análisis del impacto en el sistema judicial

La falta de implementación de las reformas de las figuras jurídicas de la patria potestad y la tenencia tras la sentencia No. 28-15-IN/21 crea inseguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que sin una normativa clara y actualizada se crea un vacío legal que coloca en riesgo la protección efectiva del principio superior de los niños, niñas y adolescentes, lo que puede dar lugar a que se tomen decisiones inconsistentes o contradictorias que afectan tanto a los menores como a sus padres, es por esto que el sistema judicial se ve comprometido, pues existe el riesgo que haya jueces que sigan aplicando disposiciones que no favorecen a los menores, lo que compromete su bienestar. Además, la falta de claridad de la norma contribuye a que exista inseguridad jurídica, puesto que sin una ley que respalde a la decisión de la sentencia se carece de una guía legal precisa para resolver casos de tenencia de manera individual.

3.3 Análisis comparativo con otras legislaciones

De acuerdo con la investigación, es evidente que la legislación ecuatoriana muestra un retraso en la implementación de normas que promuevan de manera activa la participación de ambos padres dentro de la tenencia de los hijos, a comparación de Chile, Perú y Uruguay que fueron las legislaciones estudiadas, estas regulan la tenencia compartida, que es aquella que garantiza que ambos padres mantengan un rol activo en la vida de sus hijos, incluso Uruguay ha implementado la figura de la tenencia de terceros, que es bastante conveniente pues esta institución permite que un familiar o persona cercana al menor pueda asumir de su cuidado y crianza cuando los niños, niñas y adolescentes se encuentren en riesgo de que ninguno de sus padres sean aptos para su cuidado.

Sin embargo, la normativa ecuatoriana se limita a tener otras alternativas como la tenencia de terceros o la tenencia provisional, que son figuras jurídicas a las que se podrían recurrir en situaciones de emergencia, por esto, es necesario que el Estado ecuatoriano realice

un estudio para adoptar nuevos enfoques y que a su vez se promueva la responsabilidad que tienen ambos padres con sus hijos, y así se logre garantizar que los derechos de los menores son siempre prioridad al momento de tomar decisiones.

3.4 Resultados de las entrevistas

Entrevista ejecutada a la abogada Luisa Jacqueline Gorozabel Acosta

Primera pregunta: ¿Considera usted que es más beneficioso para el bienestar del niño evaluar cada caso individualmente para asignar la tenencia, en lugar de dar preferencia automática a la madre?

Claro que si se debiese evaluar cada caso individualmente para asignar la tenencia, ya que es más beneficioso para el bienestar del menor que dar preferencia automáticamente a la madre, ya que esto permite que la decisión se base en factores específicos como la capacidad de cada padre para satisfacer las necesidades del menor, el entorno y la calidad de vida que llevan, la calidad de la relación entre ellos, entre otros. Evaluar cada situación de forma individualizada certifica que el bienestar del niño sea la principal prioridad, evitando de esta manera decisiones basadas en estereotipos de género y garantizando así un entorno más adecuado para el desarrollo del menor.

Segunda pregunta: ¿Cree usted que se debe considerar a los parientes más cercanos tanto por parte del padre como de la madre para decidir sobre la tenencia del menor en ausencia de uno de los padres?

Si, considerar a uno de los familiares más cercanos, por ambas partes, tanto del lado del padre, como el de la madre, es beneficioso al decidir sobre la tenencia del menor en ausencia de uno de los padres, debido a que estos familiares suelen tener un vínculo emocional y afectivo con el menor y un conocimiento profundo de sus vivencias y necesidades. De la misma manera pueden ofrecerle al menor estabilidad y continuidad en la crianza, elementos importantes para el bienestar emocional y desarrollo del niño. Incluir a

estos familiares en la toma de decisiones pueden ayudar a que el niño permanezca en un entorno familiar conocido y afectuoso, promoviendo así la estabilidad y sentido de seguridad del menor.

Tercera pregunta: ¿Considera usted que la falta de un proceso claro para la solicitud y concesión de la tenencia en caso de ausencia de los padres puede llevar a decisiones inadecuadas en cuanto a la tenencia de un menor?

Por supuesto que sí, debido a que por falta de un proceso claro para la solicitud y concesión de la tenencia en caso de ausencia de los padres puede llevar a decisiones inoportunas en cuanto a la tenencia del menor, ya que existe el riesgo de que se tomen decisiones rápidas o basadas en información incompleta, lo que puede no reflejar el interés superior del niño o el mejor interés del niño. Para que no suceda esto se debe evaluar adecuadamente los antecedentes y capacidades de los posibles tutores, evitando así la posibilidad de que existan decisiones arbitrarias que afecten el desarrollo y bienestar del menor

Cuarta pregunta: ¿Considera necesario proponer una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para establecer un procedimiento claro y adecuado para la solicitud y concesión de patria potestad y la tenencia en casos de ausencia de uno de los padres?

Si es necesario proponer una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para establecer un procedimiento claro, conciso y adecuado para la solicitud y concesión de tenencia y patria potestad en caso de ausencia de uno de los padres, como por ejemplo la prevención de decisiones arbitrarias entre otros.

Quinta pregunta: ¿Considera usted que el retraso de la Asamblea Nacional al reformular la figura de la patria potestad y tenencia, afecta al interés superior del niño?

Si, el retraso de la Asamblea Nacional al reformular la figura de la patria potestad y tenencia afecta al interés superior del niño, ya que al existir este retraso no se reflejan las

necesidades actuales y la dinámica que existe en las familias modernas, lo que esto puede resultar en disposiciones que no prioricen adecuadamente el bienestar y estabilidad emocional del menor

Sexta pregunta: ¿Considera usted que la sentencia No 28-15-IN/21 es suficiente para regular la figura de la tenencia de los hijos o se debe de evaluar nuevamente esta institución?

Considero que la sentencia no es suficiente para regular la figura de la tenencia de los hijos, pues la dinámica familiar y las necesidades de los menores están evolucionando constantemente, requiriendo así un marco regulatorio que sea flexible y adaptable. Considero que es necesario evaluar nuevamente esto y así permitir ajustar las normas a los cambios sociales y así garantizar que se siga promoviendo el mejor interés del niño.

Entrevista ejecutada a la abogada Kaylee Giomar Farfán Sánchez

Primera pregunta: ¿Considera usted que es más beneficioso para el bienestar del niño evaluar cada caso individualmente para asignar la tenencia, en lugar de dar preferencia automática a la madre?

Sí, es muy beneficioso que se evalúe cada caso individualmente para asignar la tenencia, y eso es lo que normalmente se realiza en éste tipo de proceso, en virtud que si la madre del menor solicita la tenencia, se ordena la intervención del equipo técnico de las Unidades Judiciales, como son la trabajadora social y la psicóloga, para que intervengan y realicen un informe del entorno social del menor, para verificar si es factible otorgar la tenencia a la madre del menor, o en su defecto, al padre.

Segunda pregunta: ¿Cree usted que se debe considerar a los parientes más cercanos tanto por parte del padre como de la madre para decidir sobre la tenencia del menor en ausencia de uno de los padres?

Sí, los parientes más cercanos de los padres del menor son claves en los casos en donde ninguno de los padres son los más idóneos para hacerse responsable del cuidado de sus hijos, en estas situaciones es mucho más factible tomar en consideración otorgarle la tenencia a un familiar cercano con el cual el menor se sienta seguro.

Tercera pregunta: ¿Considera usted que la falta de un proceso claro para la solicitud y concesión de la tenencia en caso de ausencia de los padres puede llevar a decisiones inadecuadas en cuanto a la tenencia de un menor?

No, en nuestra legislación ecuatoriana en caso de ausencia de los padres, existe la figura jurídica de nombramiento de tutor o curador, contempladas en el Art. 122 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el Art. 367 y siguientes del Código Civil, por lo que al igual que todo proceso judicial, éste deberá ser desarrollado en estricta observancia a las garantías básicas del derecho al debido proceso, principio de buena fe y lealtad procesal, y sobre todo el interés superior del niño, para que no existan decisiones inadecuadas en cuanto a la custodia del menor.

Cuarta pregunta: ¿Considera necesario proponer una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para establecer un procedimiento claro y adecuado para la solicitud y concesión de patria potestad y la tenencia en casos de ausencia de uno de los padres?

No, considero que los procedimientos de tenencia y patria potestad son claros en el Código de la Niñez y Adolescencia, en virtud que establecen de forma clara las reglas y condiciones para que proceda este tipo de procedimiento en caso de ausencia de uno de los padres.

Quinta pregunta: ¿Considera usted que el retraso de la Asamblea Nacional al reformular la figura de la patria potestad y tenencia, afecta al interés superior del niño?

Sí, en virtud que el retraso en la reforma de la figura de la patria potestad y tenencia puede afectar negativamente el interés superior del niño al dejar en vigor normas que no

reflejan las mejores prácticas actuales y que pueden ser no adecuadas para proteger el bienestar del menor en el contexto actual. Es crucial que la Asamblea Nacional tome medidas para actualizar y reformar las normativas de manera que se asegure una protección afectiva y equitativa para todos los niños, garantizando así que sus derechos y bienestar sean priorizados en los procedimientos de tenencia y patria potestad.

Sexta pregunta: ¿Considera usted que la sentencia No 28-15-IN/21 es suficiente para regular la figura de la tenencia de los hijos o se debe de evaluar nuevamente esta institución?

La sentencia No. 28-15-IN/21, no aborda adecuadamente la figura jurídica de la tenencia del niños, niñas y adolescentes, razón por la cual la vuelve insuficiente, en virtud que las estructuras familiares se encuentran en constante evolución, razón por la cual el derecho se vuelve estrictamente evolutivo en función de los cambios constantes de la sociedad, y precisamente dentro de la figura jurídica de la tenencia, es sumamente importante que exista una norma que se adapte a estas variaciones. Revisar y actualizar las regulaciones permitirá que las normas se ajusten a las transformaciones sociales, asegurando así que se continúe priorizando el interés superior del menor.

3.5 Análisis de las entrevistas

En base a las respuestas de las entrevistas, se evidencia que las entrevistadas apoyan la idea de que es necesario que cada caso se evalúe de manera individual, además de que también consideran que sería positivo que se tome en cuenta a los parientes más cercanos para otorgar la tenencia de los menores en casos donde sus progenitores no sean aptos, en este punto es en donde la legislación ecuatoriana debería estudiar nuevas figuras jurídicas como la tenencia de terceros, para garantizarle a los menores que sus derechos siempre serán protegidos.

Así mismo, una de las personas entrevistadas menciona que si considera necesario que se reforme el procedimiento para otorgar la patria potestad y tenencia de los menores a parientes cercanos en casos en donde ninguno de los padres esté en condiciones de hacerse responsables de estas figuras jurídicas, mientras que otra de las personas entrevistadas considera que no se necesita y que el procedimiento debería permanecer como está debido a que ya se encuentra regulado.

De la misma manera, las entrevistadas consideran que es importante que se reforme de manera eficaz a estas figuras jurídicas, pues expresan que el retraso de la Asamblea es dañino para el interés superior de los niños, pues con esto se genera que las normas jurídicas no se ajustan a las necesidades actuales que tienen las familias, lo que tiene un impacto negativo en el desarrollo de los menores.

Por último, ellas consideran que la sentencia por sí sola no es suficiente para regular de manera adecuada la figura de la tenencia, pues las necesidades de los menores requieren que exista ya un marco normativo flexible y además adaptable a cada situación, lo que refleja la necesidad de reevaluar periódicamente las normas jurídicas para garantizar que se encuentren alineadas con los cambios sociales y a su vez que protejan al interés superior de los niños, por lo que se puede evidenciar que es necesario no solo que se regulen las instituciones de la patria potestad y la tenencia, sino también que se implementen nuevas figuras jurídicas como la tenencia compartida, la tenencia de terceros y la tenencia provisional, que marcaran un gran cambio en el derecho de familia y niñez, pues estas buscan garantizar que los menores de edad crezcan y se desarrollen en entornos y ambientes adecuados que les permitan gozar de todos sus derechos.

Conclusiones

En base al estudio realizado a lo largo de esta investigación doctrinaria, conceptual y jurídica, podemos llegar al final concluyendo lo siguiente:

1. Es evidente que la falta de regulación clara y específica por parte de la Asamblea Nacional sobre la patria potestad y tenencia de los hijos sí llega a afectar de manera directa a los niños, niñas y adolescentes, puesto que sin una normativa precisa, los jueces no tienen un marco normativo en cual basarse en la toma de las decisiones, sin bien existe la sentencia, la cual tiene mucha relevancia, se evidencia que existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que sitúa a los menores de edad en una situación de riesgo de que se vulneren sus derechos.
2. La patria potestad, la tenencia y la corresponsabilidad parental tienen un impacto significativo en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, pues tienen en común proteger el bienestar de los menores. La patria potestad como se estudió es un derecho que poseen los padres, pero también va de la mano con la tenencia, que es aquella que busca criar y cuidar a los hijos de una manera en donde los niños y adolescentes puedan gozar de sus derechos de la manera más adecuada. Además, es importante que se siga fomentado la corresponsabilidad parental, es decir, la participación activa de ambos padres, garantizando que los menores crezcan en un entorno familiar que les pueda ofrecer amor y seguridad.
3. La falta de acción de la Asamblea nacional en regular la tenencia y la patria potestad crea una desigualdad entre hombres y mujeres, en donde los padres se encuentran en desventaja, privándolos en ocasiones de la oportunidad de poder participar de manera activa en el cuidado y crianza de sus hijos, además de que también se priva a los menores del beneficio de tener una relación cercana con ambos progenitores.

4. Referente al derecho comparado, es notorio que la legislación ecuatoriana se encuentra desactualizada a comparación de las legislaciones de Chile, Perú y Uruguay, estas ofrecen enfoques innovadores que podrían ser adoptados en Ecuador para fortalecer el marco jurídico y así asegurar una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
5. Es necesario que se implemente la tenencia compartida dentro de la legislación ecuatoriana, pues se torna ya como una necesidad impostergable para asegurar que los padres y los hijos puedan gozar de sus derechos, y al mismo tiempo garantizan que los menores crezcan en un ambiente familiar en donde puedan convivir y relacionarse con ambos progenitores, sin necesidad de que se vea afectada su relación con alguno de sus padres.
6. Finalmente, de acuerdo con las entrevistas realizadas, es notorio que existe la necesidad de reformar la figura de la tenencia, adaptándolas a las realidades que se viven actualmente, por esto se concluye resaltando la necesidad de la implementación de nuevas instituciones jurídicas, pues representan un gran paso hacia la modernización del derecho de familia y niñez en el Estado ecuatoriano, en donde se les asegure a los menores crecer en entornos estables y protectores que les permitan disfrutar de sus derechos de forma adecuada.

Recomendaciones

En relación con lo investigado y estudiado en este trabajo es pertinente recomendar lo siguiente:

1. Que la Asamblea Nacional agilice la actualización y regulación de la normativa en materia de familia, niñez y adolescencia, en donde se puedan adoptar nuevas figuras jurídica, en particular la tenencia compartida, lo que proporcionará al marco jurídico diversas maneras de salvaguardar la seguridad jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
2. Que se realicen constantes capacitaciones a los jueces de familia, niñez y adolescencia, no solo sobre la eliminación de la preferencia materna, sino también sobre la importancia de promover la tenencia compartida y la corresponsabilidad parental, proporcionándoles un punto de vista en donde ellos basen sus decisiones judiciales en un entendimiento completo sobre los beneficios de estas figuras jurídicas para asegurar el bienestar de los menores.
3. Fomentar la información jurídica a los padres y madres sobre los beneficios que tienen para sus hijos el hacer uso de su corresponsabilidad parental, para lo cual se podría desarrollar campañas de concienciación dirigidas a la sociedad en general, en donde se destaque el porqué de la importancia de esta figura jurídica, dentro de estas campañas se debería incluir información sobre los derechos que tienen tanto los niños, niñas, adolescentes, como los padres y madres, para lograr promover un cambio en donde se valore la participación de ambos padres en la vida de sus hijos.
4. Fortalecer los servicios de mediación familiar para ayudar a los padres a llegar a acuerdos amistosos sobre el cuidado de los hijos, en donde se tenga como prioridad siempre el interés superior de los menores.

5. Implementar políticas públicas de apoyo para las familias, para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. Revista de derecho (Coquimbo). Obtenido en línea:
<https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n2/art02.pdf>
- Asamblea General. (1948). Declaración Universal de Derechos humanos. Obtenido en línea:
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Vlex:
Obtenido en línea: <https://vlex.ec/vid/constitucion-republica-ecuador-631446215>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Vlex:
Obtenido en línea: <https://vlex.ec/vid/ley-100-codigo-ninez-643461265>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. Vlex: Obtenido en línea:
<https://vlex.ec/vid/codigo-civil-631479779>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Vlex:
Obtenido en línea: <https://vlex.ec/vid/codigo-organico-funcion-judicial-631472775>
- Badaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? Obtenido en línea: <https://www.revistaespirales.com/index.php/es/article/view/330>
- Cabanellas de Torres, G. (1993). Diccionario jurídico elemental. Obtenido en línea:
<https://web.instipp.edu.ec/Libreria/libro/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf>
- Catalán, M. (2011). La custodia compartida. Obtenido en línea:
<https://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/574/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chaca, M. & Vázquez, S. (2022). Tenencia compartida. Obtenido en línea:
<https://dialnet.puce.elogim.com/servlet/articulo?codigo=8635276>

Congreso de la república. (2020). Ley 27337: Código de los niños y adolescentes. Lima,

Perú: Obtenido en línea: <https://vlex.com.pe/vid/codigo-adolescentes-42815278>

Congreso Nacional. (2000). Ley 20680: Código Civil. Santiago, Chile: Obtenido en línea:

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

Corona, L. (2015). Paridad de género en materia electoral en México. Obtenido en línea:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5839966>

Corte Constitucional del Ecuador (noviembre 24, 2021). Sentencia No. 28-15-IN/21

(Enrique Herrería Bonnet, M.P). Obtenido en línea:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUUnLCBldWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=

De Pelekais, C. (2000). Métodos cuantitativos y cualitativos: diferencias y tendencias. *Telos:*

Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales. Obtenido en línea:

<https://ojs.urbe.edu/index.php/telos/article/view/997/943>

Duchel, F. (2022). Analisis constitucional sobre el derecho de tenencia de menores.

Universidad de Guayaquil, Ecuador. Obtenido en línea:

<https://repositorio.ug.edu.ec/server/api/core/bitstreams/aa23b0a7-13c1-4d7e-bb6f-33949d99c1dd/content>

Ecuador TV. (2022, 12 de enero). Entrevista Jorge Abedrabbo asambleísta [video]. Obtenido

de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=xfU5jGXJsdQ&t=203s>

Farith, S. (2009). Derechos de la niñez y adolescencia. Obtenido en línea:

<https://visorweb.utpl.edu.ec/library/publication/derechos-de-la-ninez-y-adolescencia-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-y-las-legislaciones-integrales>

Giraldo, J. (2011). Género y Derecho de familia. Obtenido en línea:

<https://www.sdgsfund.org/es/g%C3%A9nero-y-derecho-de-familia>

- López, R.(2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Obtenido en línea: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77338632001>
- Maldonado, X., Paz, A. & Guevara, S. (2022). Análisis de la tenencia monoparental y el derecho constitucional a la familia en Ecuador. Obtenido en línea: <https://www.atlantic.edu.ec/ojs/index.php/mundor/article/view/135>
- Mascitti, M. (2022). El trialismo como un medio para promover la justicia dentro de la complejidad de la era digital. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Obtenido en línea: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/18498/22509>
- Medina, G. & Roveda, E. (2016). Derecho de familia. 1ª edición, AbeledoPerrot S.A. Argentina: Buenos Aires.
- Mejía, T. (2020). *Investigación descriptiva: características, técnicas, ejemplos*. Obtenido en línea: <https://www.lifeder.com/investigacion-descriptiva/>
- Noblecilla, S. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de Familia de Trujillo: La primacía del interés superior del niño. Obtenido en línea: <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/1370/Noblecilla%20Ulloa%2c%20Sandra%20Patricia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ossorio, M. (2011). Diccionario de Ciencias jurídicas políticas y sociales. 1ª Edición Electrónica. Obtenido en línea: <https://www.elmayorportaldegerencia.com/Libros/Politica/%5BPD%5D%20Libros%20-%20Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales.pdf>
- Pico, A. (2023). Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración. Obtenido en línea: <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/5729>

Piñas, L., Castillo, H., Zhinin, J. & Romero, E. (2019). El Análisis de la igualdad de derechos desde una visión neoconstitucionalista en Ecuador. Obtenido en línea:

<https://revista.uniandes.edu.ec/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1786>

Real Academia Española, (s.f). Diccionario de la lengua española. Recuperado en línea el 13 de abril de 2024: <https://dle.rae.es/tuici%C3%B3n>

Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. (2019). Ley 17823: Código de la niñez y adolescencia. Uruguay: Obtenido en línea:

<https://uy.vlex.com/vid/ley-n-17-823-608757331>

UNICEF. (1989). Convención sobre los Derechos del niño. Obtenido en línea:

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

UNICEF. (2021). UNICEF destaca importancia del padre en la crianza de niños y niñas.

Obtenido en línea: <https://www.unicef.org/chile/comunicados-prensa/unicef-destaca-importancia-del-padre-en-la-crianza-de-ni%C3%B1os-y-ni%C3%B1as#:~:text=Un%20pap%C3%A1%20comprometido%20y%20afectuoso,para%20los%20ni%C3%B1os%20y%20ni%C3%B1as>

Vargas, Z. (2009). La investigación aplicada: Una forma de conocer las realidades con evidencia científica. Obtenido en línea:

<https://www.redalyc.org/pdf/440/44015082010.pdf>

Villacis, E. & Rodríguez, E. (2023). La tenencia monoparental y el derecho a la Familia. Revista Universidad y Sociedad. Obtenido en línea:

<http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v15n2/2218-3620-rus-15-02-658.pdf>

Villanueva, F. (2022). Metodología de la investigación. Editorial: Klik. Obtenido en línea:

<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=6e-KEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=metodolog%C3%ADa+de+la+investigacion&ots=WHDSYGJCcv&sig=Gt3vPM7f0L435FugKoXIH2it6ws#v=onepage&q&f=false>

Zambrano, A. (2013). Derecho procesal constitucional: La sentencia Constitucional.

Obtenido en línea: <https://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2016/07/La-sentencia-constitucional-en-Velandia-Canosa-Eduardo-Andr%C3%A9s.pdf>

Zermatten, J. (2003). “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance

Filosófico”. Obtenido en línea:

https://books.google.com.ec/books/about/El_inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o.html?id=4AICaAEACAAJ&redir_esc=y