



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR IBARRA  
ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR  
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**LA RAZONABILIDAD DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD  
DE LA PREFERENCIA MATERNA EN CASOS DE TENENCIA: ESTUDIO DE LA  
SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO. 28-15-IN**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

**Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos**

**AUTORA: KATHERINE SAMANTHA GORDON VEGA**

**TUTOR: MGS. PEDRO JOSÉ LEIVA GALLEGOS**

**IBARRA – ECUADOR**

**ENERO, 2024**

Ibarra, 31 de enero de 2024

Mgs. Pedro José Leiva Gallegos

TUTOR

**CERTIFICA:**

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ibarra (PUCEI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.

**PEDRO**  
**JOSE LEIVA**  
**GALLEGOS**

Firmado digitalmente  
por PEDRO JOSE  
LEIVA GALLEGOS  
Fecha: 2024.01.31  
18:49:47 -05'00'

Mgs. Pedro José Leiva Gallegos

C.C.: 1705271144

## PÁGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ibarra (PUCEI):

**PEDRO  
JOSE LEIVA  
GALLEGOS** Firmado digitalmente  
por PEDRO JOSE  
LEIVA GALLEGOS  
Fecha: 2024.03.05  
10:45:56 -05'00'

.....

Msc. Pedro José Leiva Gallegos

C.C.: 1705271144

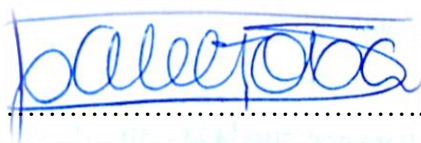


Firmado digitalmente por:  
MARIA ROSARIO  
ESPINOZA ANDRADE

.....

Msc. María Rosario Espinoza Andrade

C.C.: 1003155130



.....

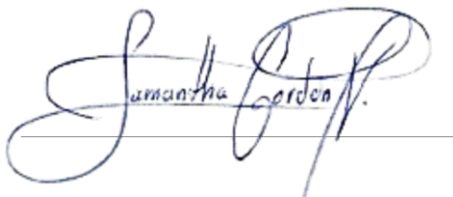
Msc. María Isabel Tobar Subía

C.C.: 1002444188

## ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Katherine Samantha Gordon Vega, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 165 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que manifiesta textualmente: “Se reconoce la facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilizaciones de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia”.

Ibarra, 31 de enero de 2024

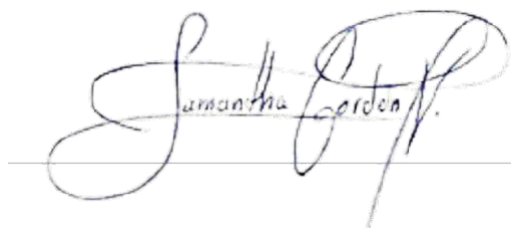
A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Samantha Gordon Vega', written over a horizontal line.

Katherine Samantha Gordon Vega

C.C.: 1004636658

## AUTORÍA

Yo, Katherine Samantha Gordon Vega, portadora de la cédula de ciudadanía N° 1004636658, declaró que la presente investigación es de total responsabilidad del autor, y eximo expresamente a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ibarra de posibles reclamos o acciones legales.

A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is cursive and appears to read 'Katherine Samantha Gordon Vega'.

Katherine Samantha Gordon Vega

C.C.: 1004636658

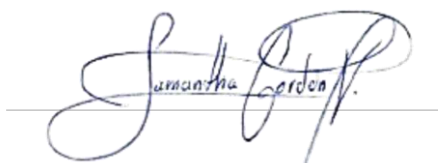
## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Katherine Samantha Gordon Vega, con cédula de ciudadanía N° 1004636658, autora del trabajo de grado intitulado: “LA RAZONABILIDAD DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA EN CASOS DE TENENCIA: ESTUDIO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO. 28-15-IN”, previo a la obtención del título profesional de Abogada, en la Escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESCYT en formato digital, una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ibarra a difundir a través del Repositorio Digital de la PUCE Ibarra el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, 31 de enero de 2024

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Samantha Gordon', is written over a horizontal line.

Katherine Samantha Gordon Vega

C.C.: 1004636658

## **AGRADECIMIENTO**

Es preciso mencionar que este trabajo ha representado la culminación de una meta más en mi vida, por lo que primeramente me complace decir que en este proceso me vi acompañado tanto por docentes que no solo han sabido compartir en un aula de clases, sino también fuera de ella, específicamente en el ámbito profesional, ya que han sabido compartir conmigo sabiduría y amistad, y en particular que me han sabido guiar en este arduo proceso, además agradezco a mi asesor por verse tan comprensivo en los momentos más cruciales, y a mis estimadas lectoras a las cuales les tengo un infinito respeto y cariño; en general reitero mi más sincero aprecio a todos los docentes de la carrera de jurisprudencia que han sabido solventar cualquier duda y han ofrecido su ayuda de manera cordial, amistosa y respetuosa.

No ha habido un solo momento en el que me he sentido sola en la creación de este trabajo por lo que quiero agradecer principalmente a mi familia, a mis abuelos, a mis tíos, a mis primos, pero sobre todo a mi madre querida que con cariño ha estado en los momentos más duros y más bellos, solo quiero decir que no pude haberlo hecho sin ella y espero que este trabajo este a la altura de su incondicional amor, también quiero agradecer a mi padre por su sabio consejo pues siempre me ha sabido alentar y reiterarme que soy más capaz de lo que creo, y que esta tesis es una muestra de mis facultades; a mi querida hermana menor María Isabel, que es un rayo de sol y un respiro cálido que me ha transmitido paz en la tristeza y en la angustia; agradezco a mi hermano menor Gabriel, por su infinita compañía y es él quien siempre me saca una sonrisa con sus ocurrencias, quien en su momento y a pesar de su corta edad me ha hecho plantearme varias directrices para este trabajo. También merece mi atención, agradecerle a mi mejor amiga Giselle por estar ahí siempre en la universidad y fuera de ella, a mi querida amiga Adriana por ayudarme activamente en este trabajo y por ser una luz con su amistad, al igual que Micaela, quien me ha brindado tanto soporte.

## DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a quienes considero mi mayor fortaleza, quiero nombrar a las mujeres de mi vida que son mi madre Katherine, que es la mujer más importante de mi existencia, la admiro y la amo tanto que este trabajo es poco en comparación a lo que siento por ella, merece que haga énfasis ya que incluso a la edad que tengo me ha ayudado con las tareas, solo quiero decir que en esta vida no me faltes nunca; a mi querida abuela Adalid que es mi segunda madre quien me ha enseñado tanto y a quien adoro; a mi tía Verónica, que para mí es mi tercera madre quien ha ayudado a forjar a la mujer que soy ahora, en pensamiento y carácter; en principio quiero dedicarle esta tesis a mis hermanos, este trabajo quiero que represente una promesa de que siempre estaré para ellos no importa que, a mi hermana María Isabel y a mi hermano Gabriel, que son mi pilar para seguir adelante y vencer todo por y para ellos, para labrarles el camino y que sigan el propio; pero también le dedico este trabajo a mi prima Julia, que también es mi amiga y más que eso, es mi hermana, por estar ahí, por ser la voz de la razón en mi vida y por ser tan incondicional conmigo. Le quiero dedicar esta tesis a mi querido padre Carlos, quien ha estado ahí, contra viento y marea ha sabido acompañarme en todo este proceso y en esta mi corta vida, ha sabido aconsejar, querer y reprender, por eso le digo en este pequeño fragmento que sin él no lo hubiera logrado, solo yo sé cuan duro ha sido el sacrificio que ha puesto en sus hombros para darme lo que yo considero lo mas valioso de este mundo además de su amor, el legado de la educación.

En este trabajo se refleja el resultado del trabajo y la educación que me han dado mis padres, a quienes amo, y a quienes les debo tanto por los grandes esfuerzos que han hecho por y para mí y mi familia, por eso esta tesis se la dedico a ellos, con mucho cariño.

## ÍNDICE

1. RESUMEN .....	1
2. ABSTRACT.....	2
3. INTRODUCCIÓN .....	3
4. ESTADO DEL ARTE.....	10
5. MÉTODOS Y MATERIALES .....	23
6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	25
7. CONCLUSIONES .....	45
8. RECOMENDACIONES .....	47
9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	49

## **1. RESUMEN**

La presente investigación adopta un enfoque cualitativo que posibilita un análisis más profundo de la problemática planteada. A través del examen documental, se pone de manifiesto la imperante necesidad de examinar la Sentencia 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, centrándose en un análisis exhaustivo de diversas instituciones jurídicas, especialmente en lo concerniente a la tenencia en el contexto ecuatoriano. La declaración de inconstitucionalidad altera las normativas de una figura que ha tenido gran importancia en los tribunales de familia, particularmente después de los asuntos vinculados al régimen de alimentos. Este trabajo se fundamenta en el análisis jurídico y doctrinal de principios constitucionales como el interés superior del niño, la coparentalidad, la corresponsabilidad parental y aspectos sensibles que deben ser considerados en un sistema patriarcal, como la violencia hacia la mujer y su papel de género establecido como cuidadoras por excelencia. Sin embargo, el foco principal recae en el estudio y determinación de los criterios y argumentos de los jueces de la Corte. Además, se examina la razonabilidad y motivación de la sentencia a través del análisis de los principios constitucionales y la necesidad de asegurar los derechos de los niños y adolescentes en un marco de protección y derechos.

### **PALABRAS CLAVE:**

Razonabilidad, motivación, inconstitucionalidad, igualdad, no discriminación, tenencia, patria potestad, niñez y adolescencia, preferencia materna.

## **2. ABSTRACT**

This research adopts a qualitative approach that allows for a deeper analysis of the problem raised. Through the documentary review, the imperative need to examine Ruling 28-15-IN/21 issued by the Constitutional Court of Ecuador is revealed, focusing on an exhaustive analysis of various legal institutions, especially with regard to tenancy in the Ecuadorian context. The declaration of unconstitutionality alters the regulations of a figure that has had great importance in the family courts, particularly after matters related to the maintenance regime.

This work is based on the doctrinal analysis of constitutional principles such as the best interests of the child, co-parenting, parental co-responsibility and sensitive aspects that must be considered in a patriarchal system, such as vicarious violence and the gender role assigned to women. However, the main focus is on the study and determination of the criteria and arguments of the judges of the Court. In addition, the reasonableness and motivation of the sentence is examined through the analysis of constitutional principles and the need to ensure the rights of children and adolescents in a framework of protection and rights.

### **KEY WORDS:**

Reasonableness, motivation, unconstitutionality, equality, non-discrimination, custody, parental authority, children and adolescents, maternal preference.

### **3. INTRODUCCIÓN**

Dentro de la normativa ecuatoriana, tanto en el Código Civil como en el Código de la Niñez y la Adolescencia se instituye una conceptualización, características y reglas de aplicación e interpretación sobre tenencia y patria potestad; que son figuras jurídicas relacionadas con el cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). Sin embargo, en muchos de los casos estas suelen ser confundidas cuando se presenta controversia en los procesos de separación y también de divorcio; de tal manera que la ley dispone que, de ser el caso, será la madre quien conservará la tenencia de los hijos, creándose así una preferencia automática hacia uno de los progenitores, la cual ha sido sujeto de análisis y debate, planteando un problema en donde se observa una clara transgresión de principios como la igualdad y de derechos como la no discriminación.

Este acontecimiento condujo a la Corte Constitucional a examinar tanto la normativa constitucional como la especializada, concluyendo con la decisión de declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En razón de lo antes expuesto, el objetivo de la presente investigación fue determinar si las razones expuestas por la sentencia No. 28-15-IN justificaron la interpretación de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y el interés superior del niño en materia de la preferencia materna en casos de tenencia, mediante el análisis y la interpretación de la normativa vigente relacionada con el interés superior del niño, con el fin de contribuir a la comprensión de la jurisprudencia en materia de familia, niñez y adolescencia en Ecuador.

En consecuencia, los objetivos específicos fueron los siguientes: describir el régimen

jurídico de los principios de igualdad y no discriminación en el Ecuador, mediante la revisión de la normativa pertinente, a los efectos de comprender las razones expuestas en la sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional. El segundo objetivo específico fue, identificar la normativa vigente referente a la preferencia materna en la tenencia de NNA, a través de la revisión de la normativa nacional, con el fin de conocer las razones que justificaron su establecimiento. Por último, el tercer objetivo específico fue analizar las razones expuestas por la sentencia 28-15 de la Corte Constitucional, mediante la revisión e interpretación de su contenido, con el fin de evidenciar si, en efecto, se estaban transgrediendo principios constitucionales y derechos fundamentales.

El estudio necesitaría analizar los argumentos jurídicos presentados en la sentencia, tales como las violaciones específicas de los derechos constitucionales que representa la preferencia materna, las pruebas y los factores considerados por la Corte para tomar su decisión de declararla inconstitucional; con el fin de identificar las posibles implicaciones y consecuencias, tanto para los padres como para los hijos involucrados en conflictos de tenencia, además de proporcionar información útil para la toma de decisiones futuras relacionadas con el tema, es imperante determinar los antecedentes y el contexto tanto social como jurídico de este fenómeno.

En los casos de cuidado y tenencia de menores de edad, la preferencia materna es actualmente, uno de los supuestos jurídicos más relevantes tanto para el Derecho como para la sociedad, pues el nivel de afectación era considerablemente alto; este acontecimiento tuvo lugar considerablemente antes de la declaración de inconstitucionalidad de la normativa especializada en el ámbito del derecho de NNA, en muchos casos se le otorgaba automáticamente la tenencia de los hijos a la madre, sin considerar otros factores relevantes como las capacidades parentales de ambos progenitores, el bienestar y los intereses de los

menores involucrados. Esto generaba una desigualdad de derechos y de género y limitaba la participación y responsabilidad de los padres en la vida de sus hijos.

A pesar de los avances logrados en la administración de justicia, cuando las y los juzgadores motivan y fundamentan en Derecho; en muchos casos, todavía se otorga la tenencia a la madre, sin considerar las circunstancias individuales y las capacidades de ambos progenitores para asumir la responsabilidad de la tenencia, en donde se perpetua un sistema discriminatorio que violenta los derechos tanto de los NNA como de las madres y padres, cuando claramente en la Constitución de la República del Ecuador (2008) se establece que “la igualdad jurídica y el derecho de los niños a mantener relaciones significativas con ambos padres” (artículo 11, numeral 2) es un derecho fundamental, que brindara las oportunidades pertinentes para que tengan un desarrollo optimo e integral.

Además, la falta de una normativa clara y la falta de aplicación efectiva de la ley han contribuido a perpetuar esta práctica y a incurrir en la discriminación contra la madre por su condición de mujer, y contra el padre. Por lo tanto, es importante seguir luchando por una aplicación efectiva de la normativa y políticas que protejan los derechos de los niños y equilibren la evaluación de las capacidades parentales de ambos padres, en beneficio del interés superior de los menores.

Por otro lado, el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) en Ecuador por considerar que este artículo determina una preferencia automática e injustificada favoreciendo a la madre, no solo causando afectaciones al padre, sino también a los menores. Sin embargo, se debe hacer énfasis que, dentro de ley, los numerales 2 y 4 de este artículo indican las pautas para encomendar el ejercicio de la patria potestad, instaurando que “si los progenitores no llegaban a un acuerdo sobre la tenencia, se otorgará automáticamente a la madre, salvo excepciones”. (Edición Constitucional del Registro

Oficial 262; 2022)

Lo que, además de ser discriminatorio y contrario al principio del interés superior del niño, en relación a mantener relaciones significativas con ambos padres; se está incitando al error, tanto para los juzgadores como para los usuarios, ya que el Código Civil (2005) mantiene lo siguiente, “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” (art. 283 C.C.)

Lo que se puede interpretar como que ambos padres, es decir, aunque exista separación o divorcio, tanto madre como padre conservan la responsabilidad conjunta de la patria potestad sobre sus hijos, pero la Sentencia de la Corte Constitucional evoca una vulneración de derechos en la normativa correspondiente a la tenencia, cuando el fallo decide sobre los artículos referentes al ejercicio de la patria potestad.

Para la Corte Constitucional del Ecuador (2021), cuando se trata de una decisión de revisión normativa para la declaración de inconstitucionalidad, los criterios de razonabilidad privan sobre cualquier supuesto jurídico, esto se refiere a un criterio aplicado a la evaluación de decisiones y políticas públicas para determinar si son coherentes y justificables con los principios constitucionales.

La razonabilidad exige que la decisión o política esté basada en criterios objetivos, coherentes y relevantes, y que se considere la proporcionalidad entre los fines buscados y los medios utilizados, lo que implica que las decisiones y políticas del Estado deben ser fundamentadas en principios sólidos y que sean acordes con los derechos de la ciudadanía.

La Corte Constitucional del Ecuador utiliza este criterio para evaluar y para garantizar la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los principios

constitucionales consagrados en la Constitución de la República.

Al mismo tiempo, la facultad de la Corte para proclamar la inconstitucionalidad de normas por conexidad emana directamente de la Constitución (2008). Dicha atribución se encuentra expresada en el artículo 436, numeral 3, donde se reconoce que la Corte posee la competencia para este fin de “3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”, esto implica que la Corte está facultada para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de normativas que, aunque no hayan sido objeto de un proceso de control previo, resulten contrarias a la Constitución debido a su vinculación con una norma declarada inconstitucional. Todo con el fin de asegurar la efectividad y el respeto de la supremacía constitucional. Permite corregir situaciones en las que normas que están interrelacionadas puedan afectar el ordenamiento jurídico en su conjunto. De esta manera, se garantiza la coherencia y la armonía entre las normas y se protege la integridad de la Constitución como fuente suprema del ordenamiento legal.

La preferencia materna plantea interrogantes sobre cómo equilibrar los derechos de los padres con el interés superior del niño; y requiere un análisis cuidadoso del razonamiento legal y las pruebas presentadas en la sentencia. Al realizar una investigación sobre este tema, se dará la posibilidad de obtener una comprensión más profunda de los principios legales y las implicaciones de la decisión, así como su impacto potencial en los casos de custodia de menores y los derechos de los niños y los padres en la normativa ecuatoriana, todo el estudio estará dirigido hacia los profesionales del derecho y toda persona que tenga interés en cuestiones de tenencia de menores de edad.

En la esfera del Derecho de Familia, se destaca la falta de cumplimiento que ha ocurrido en los últimos años antes de la declaración de inconstitucionalidad de la preferencia

otorgada a la madre para obtener la tenencia y custodia de los niños y adolescentes en situaciones de divorcio, separación o conflictos familiares. Además, la importancia de examinar la razonabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de una norma establecida, que regía las pautas para que los jueces tomaran decisiones significativas en relación al cuidado y protección de los hijos, establece un precedente que merece ser analizado.

El derecho de las niñas, niños y adolescentes se ve vulnerado al no propiciar la interacción significativa con ambos padres. Por lo tanto, la razonabilidad de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 106 está basado en el análisis de las garantías constitucionales como son, el principio de igualdad, la protección de los derechos de los niños, la corresponsabilidad parental y la eliminación de la discriminación en las decisiones sobre la tenencia de los NNA. La Corte Constitucional del Ecuador consideró que es necesario examinar cada situación de forma individual para determinar la tenencia en beneficio del interés superior del NNA y no basándose en preferencias automáticas o estereotipos de género.

En el estudio efectuado por la Corte Constitucional, se establece que tanto el padre como la madre tienen el derecho de buscar la tenencia de sus hijos, concluyendo que la decisión debería fundamentarse en consideraciones más allá del interés superior del menor. Esto implica evaluar la capacidad de cada progenitor para proporcionar un entorno seguro y afectivo.

El propósito de esta acción es impulsar una equidad más amplia entre los padres en la toma de decisiones acerca de la crianza de sus hijos, promoviendo la corresponsabilidad en el cuidado y desarrollo de los menores. Asimismo, posibilita la evaluación de otros factores significativos, como la estabilidad emocional, el entorno familiar y social, así como

las necesidades individuales de los hijos, con el fin de llegar a una decisión justa y equilibrada que beneficie su bienestar.

Se busca encontrar un sentido de justicia dentro de la sociedad, procurando que el conocimiento obtenido del estudio pueda fomentar la conciencia social; tomando en cuenta que detrás del estudio de la razonabilidad de la Corte Constitucional para declarar inconstitucional la preferencia materna por concepto de tenencia de menores, se esconde el interés de precautelar la igualdad entre los individuos, no solo a nivel jurídico, sino también social, reconociendo que el Derecho es una ciencia que debido a su naturaleza, puede lograr este objetivo e intervenir de manera oportuna para combatir la desigualdad.

Este fenómeno y su exploración guardan una conexión significativa con el Plan Nacional Creación de Oportunidades 2021-2025, especialmente con el Eje Social y su propósito de "Erradicar la pobreza, inclusión social e igualdad en la diversidad". Se plantea abordar esto mediante la educación ciudadana en aspectos como la discriminación, la igualdad, la equidad y la prevención del discurso de odio. El objetivo es buscar un cambio en la forma en que los operadores de justicia abordan los asuntos relacionados con Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, particularmente en los casos de disputa por la tenencia de los hijos. Aquí se aspira a fortalecer la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos, al mismo tiempo que se busca preservar el interés superior de los menores en las decisiones vinculadas con su cuidado y protección, a través de un enfoque transformador en la argumentación e interpretación.

#### **4. ESTADO DEL ARTE**

La tenencia de los hijos menores de edad es considerada un criterio determinante en situaciones de conflicto familiar. Sin embargo, en los últimos años, la necesidad de garantizar la igualdad ante la ley y de proteger los derechos de los niños ha llevado a cuestionar la razonabilidad de la práctica de otorgarle la tenencia y cuidado a la madre por defecto; creándose así un supuesto repetitivo, denominado preferencia materna en los casos de tenencia. Por lo que, se han encontrado varios estudios previos y posteriores al dictamen de la Corte Constitucional sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de este fenómeno jurídico-social.

En el ámbito internacional han sido muchos los autores que han incursionado el tema que trata de razonabilidad y argumentación jurídica, por lo que es preciso atender las cuestiones principales del análisis de una sentencia o de la normativa, por lo que, Atienza (2005) establece que la razonabilidad debe ser entendida como un límite o criterio general de la argumentación, y no como un fin de sí misma; la define como un método procedimental para evaluar los argumentos en las decisiones judiciales. En relación con el discurso jurídico, lo razonable marca incluso los límites de lo jurídico, y es ahí donde cita al autor Perelman, (1984), citado de Atienza, 2005) que dice que “lo que es irrazonable no es de Derecho” (p. 19); en este punto es donde se marca una gran distinción con la definición de racionalidad, pues la razonabilidad se aplica dentro de la argumentación jurídica, por lo tanto, sostiene que una decisión judicial puede ser considerada razonable siempre que se cumplan y ajusten a las reglas y a los principios del Derecho.

La razonabilidad es considerada un principio comprendido como característica de la motivación judicial como lo menciona la Corte Constitucional del Ecuador (2021), en donde

este concepto se relaciona estrechamente con la utilización correcta de las reglas y principios establecidos en la norma constitucional, la Corte llevó a cabo una evaluación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y abandonó el conocido "test de motivación". En su lugar, estableció directrices para analizar cargos de vulneración a la garantía de la motivación.

Las directrices establecidas contemplan un principio rector que requiere que toda argumentación jurídica tenga, al menos, una estructura completa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución. Además, se introdujo una clasificación de deficiencias en la motivación que abarca la ausencia, la insuficiencia y la mera apariencia.

La apariencia se refiere a situaciones en las cuales la argumentación parece adecuada a primera vista, pero en realidad contiene vicios que comprometen su suficiencia. Estos vicios incluyen la incoherencia, la inatención, la incongruencia y la incomprendibilidad. Además, enfatizó que la evaluación del cumplimiento de la garantía de la motivación en una situación específica debe comenzar con la acusación específica presentada por la parte, evitando la utilización de una "lista de control" como la empleada en el test de motivación.

Por otro lado, es preciso hacer hincapié en el principio de conexidad que se refiere a la relación o conexión existente entre diversas normas o infracciones penales, ya sea por la condición personal del autor o autores, o por la vinculación entre las acciones ilícitas. Este principio se utiliza para determinar qué jueces o tribunales son competentes para conocer de las causas. Polo (2022) establece que:

El control de constitucionalidad cumple un rol fundamental en el orden jurídico de un país, pues asegura la eficacia del texto constitucional y garantiza su supremacía;

inclusive en doctrina se suele afirmar, con toda razón, que la ausencia de un sistema de control constitucional impediría la vigencia de un Estado constitucional. (p. 55)

(...) La declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad es una herramienta novedosa en nuestro esquema de justicia constitucional. Esta atribución constitucional se encuentra acompañada de una potestad legal que permitiría a la Corte Constitucional promover procesos de inconstitucionalidad. (p. 70)

La Corte dispuso criterios y pautas para determinar cuándo se puede ejercer el control constitucional de manera oficiosa a través de un incidente. Este control oficioso permite que la Corte examine una norma sin necesidad de que exista una demanda previa. Asimismo, ideó un proceso mediante el cual la entidad que emitió la norma objeto de examen pueda participar e intervenir en el incidente. Esta medida adquiere relevancia ya que, en el pasado, la Corte no consideraba la participación de la autoridad que promulgó la norma, e incluso, en ocasiones, dicha autoridad no estaba al tanto de que la resolución de una garantía jurisdiccional podría resultar en la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Dentro del ordenamiento jurídico se plantean ciertos supuestos de hecho con un nivel de aplicabilidad vinculante y obligatorio, estos principios han sido objeto de discusión por parte de la autoridad competente, desde el punto de vista de la ponderación de derechos constitucionales; es así que una vez más se trae a colación la sentencia Nro. 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional. En esta sentencia se analizó la posible vulneración de los principios establecidos en la Constitución de la República, tales como la igualdad, la no discriminación, la responsabilidad compartida entre padres y, especialmente, el interés superior de los Niños, Niñas y Adolescentes.

De manera muy general, es importante exponer lo que plantea Eguiguren (2016)

sobre su análisis crítico sobre el principio de igualdad en donde asevera la complejidad de considerar el derecho a la diversidad como un derecho independiente, al igual que es difícil imaginar una violación del derecho a la desigualdad que no implique, al mismo tiempo, el respeto de otro derecho.

Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.

Lo anterior conlleva que si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra -de manera específica- el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge. (p. 1)

No obstante, Espinoza (2019) habla sobre el derecho a la igualdad formal e igualdad material, en donde enfatiza la importancia de estos conceptos, denominándolos fundamentales en el ámbito jurídico. El derecho a la igualdad se compone de tres elementos principales: la no discriminación, la igualdad formal ante la ley y la igualdad material o sustancial. Es importante tener en cuenta que este principio debe aplicarse a todos los derechos, lo que significa que deben ser comprendidos y aplicados considerando este derecho y principio de igualdad.

Análogamente, se hace alusión al derecho de igualdad en relación con la tenencia de NNA en el Ecuador; pues Cedeño (2022), dice que “el derecho a la igualdad ha experimentado cambios a lo largo del tiempo, a medida que el derecho ha evolucionado”. No obstante, en la práctica, persiste la inclinación por preferir o favorecer a uno en lugar de otro, lo que puede generar un esquema de poder similar al de un "pater familias". Por esta razón, es necesario reflexionar y sensibilizar a los niños sobre la importancia y el derecho que implica tener una convivencia equitativa con ambos padres, incluso posibilitando que su perspectiva sea considerada en los procesos legales. Esta sugerencia fue planteada por el Comité de los Derechos del Niño en el Ecuador, en el año 2017, reconociendo que la madurez del niño debe ser tomada en cuenta para garantizar su participación activa en decisiones que afectan su vida.

En el mismo sentido, otros autores como Romero (2023) conceptualiza el derecho a la igualdad y a la no discriminación desde un tema distinto, pero bajo el mismo enfoque, en donde existe vulneración de ciertos principios constitucionales en donde se determina que:

Según la doctrina parte de una concepción clásica, implementada en la constitución con la finalidad de hacer una sociedad más justa y equitativa en la que se puede consolidar el Buen vivir, cuyo objetivo era buscar en los ciudadanos una justicia social, la igualdad y sin discriminación, por lo que se puede evidenciar en la Constitución en su Art. 11 numeral 2 acerca de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, por lo tanto, la igualdad significa tener un trato igual a situaciones idénticas y evitar la discriminación. (p. 5)

Teniendo en cuenta lo que dice el autor, de cierto modo, tanto la inclinación hacia la madre en la tenencia como la preferencia del apellido del padre al registrar a los NNA, hacen ahínco en la perpetración de un sistema discriminatorio y de desigualdad para la mujer,

teniendo como resultado la afectación de los infantes y los adolescentes; en el primero se plantea que al otorgar una preferencia automática a la madre en asuntos de custodia, se refuerza el estereotipo de género de que las mujeres son las exclusivas encargadas de la crianza y cuidado de los hijos, omitiendo la relevancia de la participación activa y equitativa de padre y madre en la vida de los hijos. Por otro lado, la elección preferencial del apellido del padre en la inscripción de los NNA también contribuye a mantener una perspectiva patriarcal y desigual, ya que se otorga un mayor peso y reconocimiento al linaje paterno, relegando el apellido materno a un segundo plano. Esto no solo afecta a las madres, sino también a los hijos e hijas, limitando su identidad y pertenencia familiar.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (2005) en su artículo 16 destaca y subraya la importancia de abordar y erradicar la discriminación de género en todos los aspectos de la vida, resaltando especialmente la necesidad de garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para las mujeres.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

Se argumenta que la implementación de una norma que fomenta la custodia monoparental a favor de la madre, transgrede este instrumento internacional de derechos humanos. Esto se debe a la falta de fundamentación de esta institución se evidencia a través de un sesgo frecuente de roles de género, que limita a la mujer a desempeñar únicamente el papel de cuidadora y al hombre a ser meramente un proveedor.

Los derechos y libertades de hombres y mujeres deben recibir una protección

igualitaria según las leyes. No obstante, en el sistema legal ecuatoriano, se evidenciaba una disparidad en la aplicación del principio de igualdad, especialmente en lo que respecta a la custodia de los hijos. Esta discrepancia implicaba que los jueces solían favorecer a la madre, incluso cuando ambos progenitores estaban en condiciones similares para cuidar a los niños. Esta preferencia materna constituye una violación al derecho a la equidad de género y representa una clara infracción a la igualdad consagrada en la Constitución desde 2008.

Briones (2022) aclara que hoy en día se dan casos en donde se presentan prejuicios de género en relación a la custodia de los niños, “ya sea que esto se deba a que la propia sociedad coloca a las mujeres como amas de casa y criadoras de niños o al sesgo de jueces particulares”. A través de los siglos, la sociedad ha forjado roles de género arraigados en una cultura patriarcal y machista, lo cual ha llevado a la marginalización de las mujeres. Este fenómeno ha perdurado gracias a métodos de crianza y diversas tradiciones y costumbres que se han transmitido de una generación a otra. Estos roles y estereotipos de género limitan el desarrollo y el empoderamiento de las mujeres, relegándolas a roles tradicionalmente asignados como cuidadoras y limitando su participación en otros aspectos de la sociedad. Es importante reconocer y cuestionar estos patrones históricos para fomentar una sociedad más equitativa, donde hombres y mujeres tengan igualdad de oportunidades y puedan desarrollar todo su potencial sin restricciones impuestas por estereotipos de género.

En otros aspectos, tanto la doctrina como la normativa establece y pone a discusión la ponderación del principio del bien superior de los NNA como lo menciona Ávila (2011), es “un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas”. Este principio tiene como objetivo garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los NNA y obliga a todas las autoridades

administrativas y judiciales, así como a las instituciones y públicas privadas, a tenerlo en cuenta en todas sus decisiones y acciones.

La ponderación del principio del bien superior de los NNA implica considerar cuidadosamente los intereses y necesidades de los niños, niñas y adolescentes en cada situación particular. Esto implica evaluar y equilibrar diferentes factores, como su salud, educación, desarrollo emocional y social, y su entorno familiar y comunitario. Es fundamental que todas las decisiones y acciones tomadas por las autoridades y las instituciones se basen en el análisis detallado de estos aspectos, asegurando así el mejor interés y bienestar de los niños. Este principio busca superar cualquier forma de discriminación y garantizar que los derechos de los NNA sean protegidos y promovidos de manera integral. Asimismo, destaca la relevancia de la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de toma de decisiones que impactan en sus vidas, garantizando de esta manera su derecho a ser escuchados y tener influencia en los temas que les afectan.

En ese mismo enfoque, Herrera (2023), en reconocimiento de la importancia de los principios de igualdad y proporcionalidad en el desarrollo integral de los menores, se ha planteado y ha discutido que estos presupuestos no deben ser limitados de manera inflexible por restricciones legales.

El debate sobre la preferencia materna en la tenencia de los hijos se relaciona con cuestiones fundamentales de igualdad de género, derechos de los NNA, y principios constitucionales. Es esencial garantizar para esta investigación abordar algunos elementos clave que confluyen en las decisiones judiciales y las políticas familiares como base para garantizar el interés superior del niño y el respeto a los derechos de todas las partes involucradas, en el proceso de asignación de la tenencia,

independientemente de su género. (p. 4777)

Uno de los primeros autores en mencionar el estudio de la patria potestad y la tenencia de NNA en Latinoamérica es Zafra (2018), hace mención sobre el principio del interés superior del menor, haciendo énfasis en que “las decisiones que se tomen por las autoridades o por los mismos padres sobre el futuro o mejor desarrollo del menor, debe estar siempre presente el interés superior del niño prevaleciendo sobre otros intereses con los que entre en conflicto”. (p. 34)

Dentro los estudios en la materia de familia, se encuentra los postulados de Muyor (2019), quien dice que la custodia es una figura diseñada para resolver problemas que surgen después de un divorcio o separación; y en su obra establece las pautas del cuidado y protección de un familiar dependiente, haciendo énfasis en los menores de edad como incapaces relativos, desde un análisis en la política social de España; menciona que:

Un aspecto clave es el tipo de relación que se fragua entre la mujer y el hombre a partir del concepto de “contrato de género”. Éste hace referencia a los factores culturales y las expectativas de rol que adopta cada género en distintas situaciones vitales, tanto públicas como privadas. Así, el contrato “tradicional” se materializa en el predominio de una estricta separación de roles entre mujeres y hombres, donde a ellas se les atribuyen las tareas de cuidado del hogar y de la familia. (p. 87)

Dentro de la legislación colombiana se presenta otra realidad en los conflictos familiares, por lo que Jaramillo, *et al.* (2015) establecen que dentro de un acuerdo post divorcio o separación, se necesita prever los intereses y necesidades tanto de los padres como de los hijos menores de edad:

El presente estudio no exploró las razones por las cuales las madres y los padres

preferían o no compartir la custodia de sus hijos. En estudios realizados en otros países se ha encontrado que los siguientes factores inciden positivamente en la disposición de las madres a compartir la custodia de los hijos: (1) bajos niveles de conflicto con su ex pareja; (2) bajo nivel de resentimiento y rabia después del divorcio; (3) percepción de la ex pareja como competente en las funciones de la crianza; (4) bajos niveles de estrés y (5) experiencias positivas con las visitas del padre a los hijos. (p. 118)

Existen muchas causas para que exista esta disputa y controversia en la custodia de los hijos, es así que muchos de los operadores de justicia opinan que existe un fenómeno de tipo socio-cultural, en donde influye el papel de la mujer como la responsable de la crianza de los menores de edad; por otro lado, son los abogados quienes comentan que la tenencia ha sido una figura mal interpretada y otorgada deliberadamente a la madre, sin hacer un análisis previo de la situación familiar en que se encuentran los niños, por lo que denominan como incompetencia de los juzgadores por no priorizar el bienestar de los NNA y la corresponsabilidad parental.

Se presentan perspectivas que son afines a la investigación, es así que Espinoza (2022) menciona que “la patria potestad debe asumirse, de manera general, como la responsabilidad parental en la crianza, cuidado y manutención de los menores, de manera que estos puedan tener garantizados sus derechos elementales para una vida de calidad” (p. 160). En donde se la asume como una figura jurídica relacionada con la responsabilidad y representación legal que tienen todos los niños, niñas y adolescentes, ejercida por ambos padres o por uno solo de ellos.

Por otro lado, Cabascango (2018), propone ciertos principios del debido proceso en su trabajo — El principio constitucional a la igualdad y la preferencia materna en casos de

tenencia legal de los hijos —, y menciona sobre la transgresión de los derechos de los padres en los casos de tenencia:

Resulta evidente la obligación del Estado ecuatoriano de no incluir en sus disposiciones internas normas discriminatorias, como las que hace el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art.106 numeral 2 y 4 en los cuales se hace una distinción injustificada entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y la tenencia. (p. 7)

Holguín (1968) en su compendio de Derecho Civil, retrata y caracteriza a las figuras de tenencia y patria potestad de los hijos menores de edad, centrándose en la esfera legal del Derecho de Familia, en donde hace la denominación de una “autoridad paterna” que es erróneamente mencionada pues la patria potestad como tal es “un conjunto de derechos y deberes de los padres legítimos sobre los hijos no emancipados, de índole preferentemente económico, e intransferibles” (p. 570)

Dentro de los presupuestos plantados por Holguín, se observa que, en la historia, los derechos de la patria potestad eran ejercidos de manera absoluta únicamente por el padre de familia, en donde tenía hasta poderes que se describen como “inhumanos” sobre el hijo, sin embargo, el rol de la madre cada vez se presenta más activamente, en donde se reconoce su influencia en la crianza y cuidado. De esta manera la legislación de la época confería la patria potestad y su ejercicio principalmente al padre legítimo, y secundariamente a la madre legítima.

De la misma manera, según Rodríguez *et al.* (2022) muchos de los operadores de justicia que están al tanto del fenómeno social que sucede en el Ecuador, establecen que la verdadera misión de los jueces y de la sociedad es buscar un balance con respecto a los

derechos tanto de hombres como de mujeres, respetando el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria y sin perjuicio de lo establecido por la ley. Lo que conlleva a una garantía de goce efectivo de derechos afianzando todos los privilegios a su favor, sin incurrir en la discriminación, dando prioridad al desarrollo integral, disfrute y goce de los NNA en compañía de ambos progenitores.

(...) exponer los principales argumentos tendientes a justificar la necesidad de compartir la responsabilidad parental como uno de los principales derechos en favor de los hijos. Por medio del análisis de la tenencia y la patria potestad, se va considerando algunos criterios encontrados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para favorecer a grupos vulnerables (...). (p. 202)

El rol que deben llevar a cabo ambos padres de un niño, niña o adolescente no solo es el de prestar alimentos, establecer un régimen de visitas y la consolidación de la tenencia, el autor menciona que se debe crear un vínculo parento-filial entre padres e hijos para que estos últimos, tanto en el ámbito personal como social, alcancen un desarrollo integral óptimo; cabe destacar que la figura de la patria potestad, a día de hoy sigue siendo mal interpretada por la sociedad en general, en donde se la toma como un mecanismo para ejercer autoridad sobre los hijos, y no como lo que es, un conjunto de derechos y obligaciones relacionadas al ámbito educativo y psicosocial, en donde se debe guardar, velar y proteger a los hijos.

Desde esta perspectiva, Duchel (2022), en su trabajo denominado —Análisis Constitucional sobre el derecho de tenencia de menores— hace una observación de la problemática jurídico social de la tenencia en la normativa ecuatoriana; “al no reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente la figura de Tenencia, a pesar de estar

regulada no cumple con los aspectos de la seguridad jurídica y el interés superior del menor como lo establece la Constitución” (p. 12). El efecto observable en el sistema legal del Ecuador, al favorecer a la madre en los casos de custodia de menores de 12 años debido a su género, claramente está infringiendo uno de los principios constitucionales, específicamente el de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, Posso (2023), aborda el análisis sobre el derecho de integridad psicológica de los menores en casos de tenencia, por lo que menciona que es esencial abordar este problema para garantizar un entorno seguro y saludable para el desarrollo emocional de los niños y niñas involucrados en estos procesos legales.:

El grupo de atención prioritaria de niñas, niños y adolescentes en donde este derecho se ve vulnerado, cuando se deriva o surge de conflictos en donde debe definirse la tenencia del menor dentro de un proceso legal sobre tenencia, actualmente no se ha podido considerar judicialmente los efectos psicológicos colaterales que se provocan en los menores que al estar involucrados en estos procesos no se les da seguimiento por parte del equipo técnico de las Unidades Judiciales de Familia. (p. 6)

En relación con las sentencias de la Corte Constitucional, es preciso observar el hecho de que se analizan diferentes criterios para determinar la inconstitucionalidad de la preferencia materna en los casos de tenencia y guarda de niñas, niños y adolescentes; entre estos se encuentra la proporcionalidad del trato desigual entre la madre y el padre, la igualdad ante la ley y la necesidad de garantizar el interés superior del niño, para que los menores tengan una relación equilibrada entre ambos progenitores.

Al revisar estudios anteriores y posteriores a la Sentencia 28-15-IN, se observa que varios autores han abordado la preferencia materna en casos de custodia. Esto sugiere que

los fundamentos de la Corte Constitucional, en relación con la toma de decisiones sobre la custodia y cuidado de menores, establecen un precedente para declarar inconstitucional cualquier norma que viole los derechos tanto de los padres como de los hijos.

## **5. MÉTODOS Y MATERIALES**

El enfoque de la investigación fue cualitativo, porque correspondió a un trabajo documental, en razón de que la investigación se realiza en un ámbito fundamentado en la racionalidad y en una perspectiva rigurosamente crítica, que surge como una necesidad de analizar fenómenos que se manifiestan en contextos sociales, tal como la preferencia materna evidenciada en los casos de custodia de NNA, en donde se analiza la normativa vigente en el Ecuador sobre la tenencia y el ejercicio de la patria potestad, desde un punto de vista de la argumentación jurídica, que contribuirá a determinar la razonabilidad de la Corte Constitucional en esta declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia numeral dos y cuatro.

El nivel de profundidad del trabajo fue descriptivo, debido a que se estudió y se determinaron los criterios y la razonabilidad de los jueces de la corte Constitucional contenidos en la Sentencia Nro. 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador, ampliando los presupuestos teóricos y normativos sobre la tenencia y la patria potestad.

Se emplearon los enfoques normativista y hermenéutico en la investigación. El normativista se aplicó para analizar resultados generales y luego aplicarlos a casos específicos, partiendo de la norma constitucional como la máxima autoridad, así como otras normas de gran relevancia en la legislación ecuatoriana. En cuanto al hermenéutico, se utilizó en el estudio científico para interpretar textos y sentencias mediante un proceso dialéctico que analiza las partes de la sentencia y la normativa. El objetivo fue lograr una comprensión

apropiada de la razonabilidad de los jueces en esta decisión, que representa un hito significativo en materia de custodia en Ecuador.

Se empleó otro método de respaldo, el método deductivo, un enfoque científico que deduce conclusiones específicas a partir de premisas generales. Este método se destaca por la observación y registro detallado de todos los hechos, el análisis de estos datos, la derivación de generalizaciones basadas en los hechos y la posterior contrastación. Su aplicación facilitará el análisis de la posible violación del principio constitucional de igualdad jurídica entre el padre y la madre ante la ley.

La técnica utilizada fue la documental, a través de las fichas bibliográficas textuales y de resumen, como lo menciona Reyes (2022) que “esta se lleva a cabo mediante la recopilación de datos a través de documentos, ya sean formales o informales aportados por diferentes autores” (p. 28). Estas permitieron indagar, seleccionar, organizar y consolidar la información relevante y los argumentos jurídicos emitidos por la Corte Constitucional en la Sentencia Nro. 28-15-IN, en relación con la declaración de inconstitucionalidad de la preferencia materna en casos de custodia, se buscará esta información mediante la consulta de libros, artículos científicos, revistas jurídicas y jurisprudencia incluidos en bases de datos con alcance e impacto tanto nacional como internacional, entre otros recursos.

## **6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

En este apartado se profundizaron los hallazgos obtenidos en la investigación a en donde se resumió, se interpretan y extrapolan los resultados, se analizan sus implicaciones y limitaciones, y se confrontan con los objetivos planteados, considerando cómo ha sido la perspectiva de otros autores.

### **ANÁLISIS DOCUMENTAL**

Los objetivos de interés de este trabajo de investigación se recolectaron a través de fuentes secundarias. Se obtuvo información de manera indirecta a partir de las fichas documentales mediante el análisis de las intervenciones presentes en las Sentencias de la Corte Constitucional que abordan el tema de investigación, las cuales están registradas en este documento.

#### **La razonabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional del Ecuador utiliza varios criterios y principios para la argumentación jurídicas, así como el principio de ponderación, igualdad, supremacía constitucional, entre otros, para emitir una decisión; y a su vez, toda resolución, fallo o sentencia debe estar correctamente motivada para presumir su validez, es por eso que la Corte Constitucional del Ecuador (2021) establece que la motivación está estrechamente relacionada con la razonabilidad que se define como la correcta práctica de principios y reglas constitucionales al momento de decidir sobre una causa.

La razonabilidad se define como la evaluación de la idoneidad de la decisión judicial en relación con los principios y normativas establecidos por el sistema legal, especialmente aquellos contemplados en la Constitución de la República, referida a la evaluación de la fundamentación normativa e interpretaciones contenidas en la decisión del juez, de

conformidad con la Norma Suprema precautelando la supremacía constitucional con el fin de que no exista una colisión entre las fuentes de derecho y la doctrina. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)<sup>1</sup>

La motivación engloba muchos elementos, entre ellos se encuentra la razonabilidad, sin embargo, este no debe ser concebido únicamente como un mero requisito, sino como un supuesto fundamental que debe ser aplicado para otorgarle un carácter más vinculante a cualquier decisión que esté correctamente fundamentada. Estos dos principios permiten verificar si la resolución judicial se ajusta y se adecua a los principios y normas establecidos por el ordenamiento jurídico; es decir, que todo juzgador debe fundamentar su criterio en la norma Constitucional que es jerárquicamente superior, y posteriormente en las normas que le secundan y son aplicables. De lo contrario se está vulnerando los principios del debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes, pues se incurre en la inobservancia de supuestos legales.

Uno de los aspectos resaltables de la Sentencia de la Corte Constitucional 1158-17-EP/21 es que para aplicar los parámetros del principio de razonabilidad no se toma en cuenta los fundamentos fácticos sino solo los fundamentos normativos, y es ahí en donde las sentencias carecen de eficiencia cuando esta es sometida a evaluación.

La Corte Constitucional se basa en criterios jurídicos para evaluar la constitucionalidad de una norma. Estos criterios pueden incluir la interpretación de la Constitución, la coherencia con otros principios constitucionales, la salvaguarda de los derechos fundamentales y la legalidad de la norma en cuestión. En donde utiliza la

---

<sup>1</sup> Se realizan ciertos comentarios en la sentencia 1158-17-EP/21 en donde se menciona que la razonabilidad es un principio relacionado con la motivación y que “se debe fallar conforme a Derecho”

argumentación jurídica para fundamentar sus decisiones. Esto implica presentar razones lógicas y jurídicas que respalden la inconstitucionalidad de una norma. La argumentación puede incluir la interpretación de la Constitución, el análisis de precedentes judiciales, la aplicación de principios jurídicos y la consideración de la jurisprudencia internacional.

Se habla de un principio de razonabilidad que aplica la Corte Constitucional en su análisis. Este principio establece que las decisiones y acciones del Estado deben ser lógicas y adecuadas en proporción a los objetivos constitucionales buscados. La Corte evalúa si una norma es razonable en relación con los derechos y principios constitucionales involucrados. La razonabilidad jurídica es un principio fundamental en el ámbito del derecho que se refiere a la necesidad de que las decisiones y acciones del Estado sean razonables y proporcionales a los fines constitucionales perseguidos. Este principio busca asegurar que las medidas adoptadas por las autoridades sean justificadas y no resulten arbitrarias o desproporcionadas.

Así mismo, se destaca la importancia de la razonabilidad en la interpretación y aplicación del derecho. Según Atienza (2004), la razonabilidad es un concepto central en el razonamiento jurídico. Sostiene que la labor de los juristas es buscar y argumentar las razones que justifican una determinada decisión o norma. La razonabilidad implica que dichas razones sean coherentes, lógicas y fundadas en principios y valores jurídicos reconocidos.

Lo comprende como un principio limitador del poder estatal. Argumenta que las decisiones y acciones del Estado deben ser proporcionales y no exceder el límite de lo razonable. De esta forma, se protege el principio de legalidad y se garantiza que el ejercicio del poder público se ajuste a los estándares éticos y jurídicos establecidos lo cual implica que las acciones del Estado deben ser razonables, proporcionales y justificadas.

Numerosos fallos judiciales muestran una motivación equivocada, la cual puede

originarse por interpretaciones incorrectas de la legislación, la evaluación de pruebas y la aplicación de la ley a los hechos presentados y respaldados por evidencia. Estos errores pueden dar lugar a vicios motivacionales, que incluyen: La inexistencia, que ocurre cuando la argumentación jurídica carece de un respaldo completo tanto en términos de hechos como de normas. También, la insuficiencia, ocurre cuando, a pesar de contar con fundamentos, estos no exhiben un juicio de valor adecuado respaldado por la razón, la lógica y la comprensión. No debemos pasar por alto la apariencia, que se manifiesta en una sentencia, aparentando ser suficiente y correcta a primera vista, pero en realidad carece de la pertinencia necesaria en términos de fundamentación fáctica y normativa en la toma de decisiones. Según la Corte Constitucional (2021) esto puede manifestarse en:

- La incoherencia, que puede darse tanto en la fundamentación basada en hechos como en derecho, revelando una contradicción entre las afirmaciones que la conforman y la conclusión final del argumento, que no concuerda con la resolución del argumento decisorio.
- La inatinencia, cuando en la justificación basada en hechos o en la justificación jurídica se presentan razones que no están relacionadas con el asunto en disputa, es decir, no tienen una conexión semántica general con la conclusión final del razonamiento y, por lo tanto, no se vinculan con el problema legal específico en cuestión.
- La incongruencia, que presenta cuando la autoridad omite pronunciarse sobre argumentos significativos presentados por las partes o cuando no trata asuntos que la autoridad debería considerar en la decisión, según las obligaciones imperativas del sistema jurídico.
- La incomprensibilidad, que se manifiesta cuando los argumentos o la decisión

expresada incluyen términos técnicos que no son necesarios para que el administrado o un profesional del derecho los comprenda, generando así una decisión que resulta poco clara o confusa.

Es importante tener en cuenta que estos vicios motivacionales pueden afectar la validez y la justicia de las decisiones judiciales, por lo que es fundamental que los jueces y las autoridades judiciales eviten caer en ellos y realicen una evaluación exhaustiva y fundamentada de los hechos y las normas. aplicables en cada caso.

### **El control constitucional y la declaratoria de inconstitucionalidad**

La tendencia global ha decidido otorgar tanto a los Tribunales Constitucionales como a la Suprema Corte de Justicia la facultad de llevar a cabo los exámenes de control constitucional. Se ha suprimido la supervisión de constitucionalidad posterior a cargo del legislativo o ejecutivo. Esto se debe a que estos poderes suelen tener la responsabilidad de realizar el control previo durante la creación de la legislación que será jerárquicamente inferior a la constitucional. Antes de ser promulgado como ley, el proyecto debe pasar por este proceso de evaluación.

El control constitucional, según García (1998), es una herramienta procesal diseñado para garantizar la aplicación efectiva del principio de jerarquía normativa, en el cual la Constitución ocupa la posición más elevada en la estructura legal.

La evaluación de constitucionalidad de las normativas posee una dimensión política, y surge la interrogante sobre la idoneidad de revocar leyes a través de este control, dado que podría implicar desestimar la expresión de la voluntad popular manifestada en las decisiones del legislativo. Intriago (2016) dice que un tribunal que desempeña este tipo de supervisión adquiere un poder supremo, y se sostiene que dicha revisión debería ser llevada a cabo por

un ente político o un tribunal judicial, considerando la índole de su función.

Una vez identificada la imperativa de llevar a cabo la revisión de constitucionalidad, ha surgido lo que se conoce como jurisdicción constitucional, que es una forma institucionalizada y jurídica de defender la Constitución, estableciendo restricciones al ejercicio del poder político. Mediante el avance de la jurisdicción constitucional, se consigue conferir validez jurídica a la Constitución, lo que algunos expertos sostienen que permite la transición de un Estado basado en el estado de derecho a un Estado constitucional de derechos. En este sentido, Bidart Campos ha señalado que esta tutela se aplica a las actividades que infringen la Constitución, incluyendo su interpretación y la determinación de sus vacíos.

De acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador (2008), la Corte Constitucional es reconocida como la máxima instancia de supervisión, interpretación constitucional y administración de justicia en este ámbito en el país. Además, es la única con la capacidad de autorizar un proceso de juicio político al presidente de la República. La Corte tiene la responsabilidad de poner en práctica el mecanismo de jurisdicción concentrada y, en calidad de entidad especializada en cuestiones constitucionales, su origen y estructura podrían sugerir una posible influencia política en sus criterios normativos. Asimismo, si la interpretación que lleva a cabo en algún momento implica asumir una facultad legislativa extraordinaria para sí misma, podría generar cuestionamientos adicionales.

Hay una estrecha relación de este principio con la referida sentencia, específicamente en relación a la tenencia y patria potestad de menores, los jueces de la Corte Constitucional buscan evaluar si las leyes que regulan estos aspectos cumplen con los principios y derechos establecidos en la Constitución. Sin embargo, en la sentencia 28-15-IN/21 se ha enfatizado que un juez común no posee la autoridad para abstenerse de aplicar una norma legal en vigor,

incluso si tiene plena certeza de que dicha norma contradice la Constitución. En otras palabras, el juez carece de la capacidad de interpretar directamente la Constitución y aplicar sus disposiciones de manera inmediata.

Esta sentencia resalta la nula potestad del juez para realizar esta acción, enfatizando que la interpretación y aplicación directa de la Constitución corresponde a otros organismos políticos o jurisdiccionales. Es importante tener en cuenta que el control de constitucionalidad que fue realizado sobre la preferencia materna en los casos de tenencia es de suma importancia en donde se determinó la transgresión los principios constitucionales con la norma controvertida, específicamente el principio de interés superior de los NNA y el de igualdad y no discriminación, y como resultado se declaró la inconstitucionalidad del artículo que vulneraba los mencionados derechos; también haciendo un llamado de atención a las y los juzgadores, de que para determinar la idoneidad para establecer la tenencia a uno de los padres, se debe realizar un análisis individual y exhaustivo de cada caso, para que a futuro no se presenten más implicaciones en donde la Corte deba actuar una vez más como tribunal de casación.

### **El ejercicio de la patria potestad y las reglas de la tenencia de niñas, niños y adolescentes.**

El ejercicio de la patria potestad y las reglas de la tenencia de niñas, niños y adolescentes en Ecuador son temas de gran relevancia en el ámbito jurídico y social. Estas cuestiones se refieren a los derechos y responsabilidades de los padres o representantes legales en relación con sus hijos menores de edad, así como a las normas que regulan la custodia y cuidado de los mismos.

La patria potestad o también llamada autoridad parental abarca los derechos y

responsabilidades que los progenitores tienen respecto a sus hijos, buscando salvaguardar su desarrollo completo y asegurar su prosperidad. Estos derechos engloban, entre otras cosas, el derecho a la enseñanza, la salud, la identidad, la salvaguarda y el cuidado.

En el Ecuador, la Constitución y otras leyes fijan los fundamentos y las regulaciones que dirigen la práctica del ejercicio de estos derechos. Como ilustración, el artículo 36 de la Constitución reconoce y asegura los derechos de los niños y adolescentes, así como la responsabilidad conjunta de los padres en su crianza y educación. Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia regula aspectos específicos relacionados con la patria potestad y la tenencia de los menores. En cuanto a las reglas de tenencia de niñas, niños y adolescentes, estas se refieren a la determinación de quién tiene la custodia y el cuidado principal de los menores en casos de conflicto entre los padres. El objetivo principal es proteger el interés superior del niño y garantizar su bienestar.

En Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia establece criterios para determinar la tenencia, como el interés superior del niño, la participación activa de los padres en su crianza, el respeto a su opinión, entre otros. Además, se promueve el diálogo y la mediación entre los padres para llegar a convenios favorables que beneficien a los menores, y a su vez, a ellos mismos.

Es importante destacar que el ejercicio de los derechos de patria potestad y las normas sobre la tenencia deben ser abordados desde una perspectiva de derechos humanos, teniendo en cuenta los principios de igualdad, no discriminación, participación y protección integral de los NNA. El ejercicio de la patria potestad y las reglas de tenencia son temas de gran importancia que requieren una adecuada protección de los derechos y el bienestar de los menores. La legislación ecuatoriana establece principios y normas que buscan garantizar una crianza y cuidado adecuados, así como la participación activa de los padres en la vida de sus

hijos. Es fundamental promover el diálogo, la mediación y el respeto mutuo para llegar a acuerdos que beneficien a los menores y respeten su interés superior.

Se destaca la importancia de la patria potestad en el ámbito jurídico, especialmente en el contexto del derecho de familia y su relación con el Código Civil (2005) y el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en Ecuador. Se enfoca en la idea de que la patria potestad no requiere condiciones específicas para ser ejercida, como el matrimonio legal, ya que se centra en las relaciones paternofiliales.

Se subraya que la patria potestad abarca los derechos y obligaciones de los padres en cuanto a la educación, cuidado y protección integral de sus hijos, incluso si los progenitores están separados. Se destaca que esta entidad se emplea con relación a los progenitores de hijos no emancipados y conlleva la autoridad sobre su bienestar físico o mental, la administración de sus activos y la provisión de resguardo

Hace hincapié en la conexión parentofilial como la relación directa entre progenitores e hijos, sin importar si la relación es matrimonial o extramatrimonial. Se destaca que la autoridad parental no se restringe únicamente a la concesión de autoridad, sino que también involucra aspectos educativos y psicosociales, así como la obligación de cuidado y resguardo.

Se plantea un punto crucial sobre la magnitud de considerar la opinión de los niños en decisiones relacionadas con la patria potestad, pero se destaca que la decisión final recae en el juicio del juez competente. Además, se discute el tema de la equidad en la asignación de la patria potestad, especialmente cuando se tiende a otorgarla a la madre de forma predeterminada, sin considerar la idoneidad del padre.

En general, el análisis refleja la complejidad y la importancia de la patria potestad en el ámbito jurídico y familiar, destacando la necesidad de considerar equitativamente a ambos

padres en las decisiones relacionadas con esta figura. La referencia a la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional sugiere una discusión en curso sobre la igualdad de condiciones entre los progenitores para obtener la patria potestad.

### **Análisis de la Sentencia 28-15-IN/21**

Cuando la Corte inicia su análisis, enfocándose primero en la categoría de prohibición basada en el género femenino, se plantea la evaluación de si el propósito tiene una necesidad constitucional imperativa y si la normativa establecida tiene un fundamento válido para su existencia en el ámbito legal. La Corte observa que, en este caso, la asignación de la responsabilidad a la mujer se hace simplemente por ser mujer, careciendo así de una verdadera protección hacia los niños, niñas y adolescentes (NNA). Se identifica un rol de género, ya que no hay un respaldo más allá de la condición de nacer mujer. La Corte acierta al señalar que el interés del NNA no recibe la protección adecuada según el principio constitucional y que se ignoran los derechos conexos del NNA, como la opinión, identidad, familia y convivencia familiar.

La norma, al no cumplir con la primera etapa de evaluación y al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, puede ser declarada inconstitucional fácilmente. Aunque en Ecuador se acostumbra analizar otros aspectos con fines argumentativos, el proceder colombiano destaca por su rapidez y economía procesal.

Al abordar la posibilidad de que la norma carezca de un fin constitucionalmente legítimo debido a estereotipos de género, la Corte adopta una perspectiva que reconoce que estos estereotipos no solo impactan a las mujeres, sino que también generan percepciones equivocadas sobre la masculinidad y el rol del hombre. Se considera que la concepción tradicional del hogar y la mujer constituye una manifestación de violencia estructural, ya que

limita las oportunidades personales y profesionales de aquellos individuos que buscan un camino diferente al tradicional.

La Corte interroga la inclinación hacia la madre en situaciones donde la mujer busca autonomía por motivos económicos y sociales. A pesar de reconocer la importancia de salvaguardar la independencia de la mujer, plantea alternativas como la creación de oportunidades y redes de respaldo que podrían resultar más eficaces. También hace énfasis en la importancia de redirigir la inversión pública hacia la salud mental y la construcción de una sociedad que celebre las diversas divergencias.

Respecto a la lactancia, la Corte considera que adherirse a la doctrina refuerza la premisa de que la madre es naturalmente la más idónea. Sin embargo, se menciona que este enfoque ha sido declarado inconstitucional en varios estados de Estados Unidos. La Corte examina la sección referente a la autonomía femenina y resalta la importancia de modificar la perspectiva hacia la infancia. En vez de priorizar la igualdad y la no discriminación, propone que la evaluación debería iniciarse considerando el interés primordial de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA). La Corte argumenta que la regla infringe el interés superior de los NNA, ya que imponer al padre la carga de desacreditar a la madre podría empeorar situaciones de violencia de género.

A su vez, se especifica que la norma impugnada no contempla más que la preferencia materna en caso de desacuerdo, lo que implica una violación a la corresponsabilidad parental. La Corte, reconoce la importancia de atender situaciones en las que el agresor manipula el régimen de visitas con la víctima y destaca la responsabilidad del Estado y las autoridades especializadas en prevenir esta conducta delictiva.

## **RESULTADOS**

Entonces como primer resultado que correspondió a describir el régimen jurídico de los principios de igualdad y no discriminación en el Ecuador, mediante la revisión de la normativa pertinente, a los efectos de comprender las razones expuestas en la sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional, se verificó que, en Ecuador, los principios de igualdad y no discriminación están consagrados en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Estos principios buscan asegurar la igualdad de todas las personas ante la ley, así como prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación por motivos de género, etnia, origen, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, condición migratoria, entre otros.

La Constitución ecuatoriana, en su Artículo 11, establece el derecho a la igualdad y no discriminación, y reconoce que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades sin discriminación. Además, el Artículo 66 aborda específicamente la igualdad entre mujeres y hombres, estableciendo la prohibición de cualquier forma de violencia de género, discriminación o marginación.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) también es relevante en este contexto. En su Artículo 86, se prohíbe la discriminación y se establecen mecanismos para garantizar la igualdad, incluyendo la posibilidad de interponer acciones de protección contra actos discriminatorios.

El Ecuador se autodefine en su primer artículo como un país "constitucional, de derechos y justicia". En teoría, no debería existir ninguna norma que contradiga la carta magna, ya que esta debería regular y prevalecer sobre otras leyes. Se espera que todas las leyes sean coherentes con la norma suprema, actuando como afluentes que se originan en una fuente común. Sin embargo, la complejidad de la sociedad humana y la naturaleza a

veces contradictoria de sus acciones hacen que las instituciones persistan mientras que las personas que las componen cambian.

A pesar de que existan medidas para prevenir que una norma aprobada por el legislador vaya en contra de la Constitución, existe el fenómeno conocido como inconstitucionalidad. En términos simples, esto implica que, ya sea por su contenido o forma, una norma viola, desconoce o menoscaba derechos establecidos en la Constitución de la República. En 2008, el legislador constituyente otorgó a los individuos la facultad de requerir al tribunal de mayor jerarquía la declaración de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional, es la única entidad que puede declarar la inconstitucionalidad. El control constitucional abstracto, según el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, busca garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico eliminando incompatibilidades normativas entre las disposiciones constitucionales y otras normas.

En el marco de la participación ciudadana y el sistema democrático, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula la presentación de acciones de inconstitucionalidad, posibilitando que cualquier individuo realice dicha presentación. En este contexto, el 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, y otros asociados, interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, promulgado en 2003 por el Congreso Nacional.

El 28 de abril del año 2015, la sala de aceptación de la Corte Constitucional acogió la solicitud, informando tanto a la Presidencia del país como al órgano legislativo, marcando oficialmente el comienzo del procedimiento de inconstitucionalidad en relación a la custodia en el CONA.

La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional, como se menciona en tu texto original, analiza la inconstitucionalidad de ciertos numerales del Código de la Niñez y Adolescencia. La razón detrás de esta decisión se basa en que dichos numerales, al otorgar preferencia materna en la tenencia de los hijos, son considerados discriminatorios y contrarios al principio de igualdad consagrado en la Constitución.

En resumen, el régimen jurídico de los principios de igualdad y no discriminación en Ecuador se sustenta en la Constitución y otras leyes que buscan garantizar la igualdad de derechos para todas las personas, sin distinción de género u otros factores. La sentencia 28-15-IN refleja la aplicación de estos principios al cuestionar normativas que podrían perpetuar estereotipos de género y afectar la igualdad y la no discriminación.

El segundo resultado radicó en identificar la normativa vigente referente a la preferencia materna en la tenencia de NNA, a través de la revisión de la normativa nacional, con el fin de conocer las razones que justificaron su establecimiento. Y concluyó que los prejuicios de género han tenido un impacto notable en las decisiones sobre la custodia de hijos a lo largo de la historia. Aunque existen leyes actuales de género neutral y se realizan esfuerzos para alcanzar la igualdad de género, defensores de los derechos de los hombres argumentan que las decisiones de custodia aún discriminan a los padres. Se mantienen diversos clichés dirigidos hacia los padres, como la creencia generalizada de que las mujeres son instintivas cuidadoras familiares. De esta noción surge otro estereotipo: la idea de que los tribunales tienen una inclinación hacia las mujeres al tomar decisiones definitivas sobre la custodia de los hijos.

Al evaluar la custodia, es esencial tener en cuenta la prioridad del bienestar del niño. Aunque no existe una definición estándar para el bienestar del niño, generalmente se refiere a la evaluación que los tribunales realizan al determinar qué servicios, acciones y órdenes

serán más beneficiosos para el niño, así como quién es más apto para su cuidado. Las evaluaciones del bienestar del niño deben considerar una variedad de factores vinculados a las circunstancias del niño y la capacidad del progenitor o cuidador para asumir dicho rol, siendo la seguridad y el bienestar del niño la prioridad primordial.

En legislaciones anteriores, específicamente el Código de la Niñez y Adolescencia, establecía la preferencia por la madre al otorgar la custodia de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, la Corte Constitucional determinó que tales disposiciones eran discriminatorias y las excluyó del marco legal. En su veredicto, se examinó el derecho a la igualdad y la no discriminación, destacando la primacía del interés superior de los niños sobre los intereses de los progenitores.

A partir de lo señalado, se argumenta que en situaciones que abarquen los derechos de niños, niñas y adolescentes, la prioridad debe ser el interés superior por encima de las preocupaciones de los padres. La búsqueda de una equidad de género que redunde en beneficio de los menores resulta esencial, estableciendo que mujeres y hombres tienen igual valor, oportunidades, derechos y responsabilidades. Sin embargo, a pesar de los avances, persiste un prejuicio que aún requiere superar obstáculos para lograr una verdadera igualdad de género.

En general, se pudo determinar que la existencia de la preferencia materna en la tenencia, se dieron debido a ciertos presupuestos como son las normas culturales y estereotipos de género que históricamente han fijado a las mujeres el papel principal de guardianas y educadoras en el ámbito familiar. Esto llevó a la creencia de que las madres eran naturalmente más aptas para cuidar y criar a los hijos. También, jugó un papel importante en la preferencia materna el hecho de que a menudo se justificó en base al supuesto de que la madre, era más capaz de asegurar el bienestar emocional, físico y

psicológico del niño, como figura tradicional de cuidado; y se argumentaba que las madres eran más dependientes económicamente de los padres, y otorgarles la custodia aseguraría la continuidad del soporte financiero para el menor. Por último, otra de las razones contundentes fue sostener la idea de que las madres, al tener un vínculo emocional más fuerte con sus hijos debido al embarazo y la lactancia, eran más capaces de proporcionar un ambiente afectivo y seguro para el desarrollo infantil.

Como ultimo resultado el cual hizo referencia a analizar las razones expuestas por la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, mediante la revisión e interpretación de su contenido, con el fin de evidenciar si, en efecto, los principios constitucionales de la igualdad, la no discriminación y el interés superior del niño estaban siendo violados. En este contexto, se evidencia que el Caso Nro. 28-15-IN se focalizó en una acción pública de inconstitucionalidad de normativas que impactan la custodia de niñas, niños y adolescentes en Ecuador. La Corte Constitucional, al examinar los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), los declaró inconstitucionales, ya que favorecían a la madre sin tener en cuenta el principio del interés superior, el derecho a la igualdad y la corresponsabilidad parental.

La legislación en tela de juicio estipulaba que la patria potestad de menores de doce años se asignaría a la madre y se daría preferencia a la madre, siempre que no perjudicara el interés superior del hijo o hija. La Corte argumentó que estas disposiciones generaban un trato diferencial fundamentado en estereotipos de género, presuponiendo que las mujeres son más adecuadas para la crianza, lo cual contradice el principio de igualdad y mantiene roles tradicionales.

La sentencia destaca que la norma controvertida no supera el test de motivación, siendo inconstitucional por fomentar estereotipos y obstaculizar la corresponsabilidad

parental. Además, señala que la disposición afecta la distribución de roles en el cuidado de los hijos y en la participación laboral de las mujeres.

Otros aspectos a considerar son los votos concurrentes y los votos salvados emitidos por las y los jueces de la Corte en dicha sentencia. En su voto concurrente, el juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría destaca tres argumentos que ha analizado. En el primero, aborda la realidad ecuatoriana donde muchas madres asumen la responsabilidad de cuidar a sus hijos. Sin embargo, reconoce que esta dinámica no debe prolongarse indefinidamente, considerando la presencia de medidas afirmativas, como el acceso gratuito a la justicia y la responsabilidad estatal de asegurar una vida libre de violencia. Ávila Santamaría enfatiza que el derecho debe ser transformador y critica el litigio que imponía problemas al padre al obligarlo a demostrar la desnaturalización de la madre, subrayando que la atención debería centrarse en el interés superior del NNA. Propone un cambio en la carga de la prueba, orientándola hacia aspectos positivos y buscando al progenitor con mejor disponibilidad emocional para satisfacer las necesidades del NNA.

En cuanto a la acción afirmativa, cuestiona si dar más de lo mismo a las mujeres que han sido víctimas de discriminación de género es realmente una medida efectiva. Plantea la contradicción de cambiar un paradigma al repetir patrones históricos y destaca la necesidad de proporcionar a las mujeres herramientas para destacar por sus propias características, en lugar de imponer roles impuestos por la sociedad. Ávila Santamaría reflexiona sobre la importancia de no repetir errores pasados, citando la famosa frase de Albert Einstein.

En relación con el género, el juez menciona la importancia de que los hombres se involucren en lo privado compartiendo roles que tradicionalmente han sido asignados a las mujeres en el hogar. Defiende la exploración de modalidades de coparentalidad que favorezcan a los menores, teniendo en cuenta justificaciones apropiadas para velar por su

interés superior y resaltando la importancia de dar prioridad a la voz de los NNA desde el principio.

Por otro lado, el voto salvado emitido por las juezas Nuques y Corral abordan la discriminación estructural, destacando que el test de igualdad no ha sido superado y que se ha confundido la condición de hombre-padre y mujer-madre. Hacen hincapié en que el contexto de violencia puede agravarse seriamente en estos casos. Aunque tocan temas previamente tratados, como la violencia de género y la acción positiva, subrayan la complejidad de contemplar la preferencia materna como una medida afirmativa en favor de los NNA.

Explican que esta preferencia materna podría perpetuar estereotipos de género, como la idea preconcebida de que el hombre siempre es el agresor. Advierten sobre el riesgo de que se haga un mal uso del sistema judicial, retrasando situaciones de protección genuina entre progenitores. También cuestionan la percepción de la dependencia económica, señalando que hablar de la madre como dependiente económicamente debido al impago de pensiones alimenticias podría llevar a una visión distorsionada de la realidad, ya que este derecho es para los NNA.

Las juezas plantean la preocupación de que, si la madre asume el pago de la pensión, se pueda ver afectada arbitrariamente en las visitas, a pesar de que el Código de la Niñez y Adolescencia establece claramente que el impago de pensiones no limita el derecho de visitas. A pesar de que la Corte Constitucional sostenga que los problemas señalados pueden ser atendidos a través de las responsabilidades estatales, su voto salvado enfatiza la importancia de reconocer estos problemas. Subrayan la urgencia de una supervisión continua para prevenir daños irreparables causados por la desigualdad de género. Aunque el voto salvado presenta desafíos, se reconoce su aporte al diálogo sobre la salvaguarda de los

derechos.

Consecuentemente, la Corte Constitucional exhorta a la Asamblea a promulgar una enmienda al Código de la Niñez y Adolescencia, y propone que la Defensoría del Pueblo contribuya con aportes para la discusión del Proyecto de Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Además, sugiere la participación activa de organizaciones y expertos en el proceso legislativo para enriquecer la perspectiva y asegurar una normativa más equitativa.

## **DISCUSIÓN**

Durante el análisis previo, se han identificado aspectos cruciales que requieren una mayor atención en la técnica constitucional para beneficiar directamente los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA). Aunque se reconoce que se han abordado puntos esenciales en la sentencia del órgano constitucional, se sostiene que existen aspectos que pueden ser mejorados en esta sección para superar la fase en la que la infancia y adolescencia son percibidos como objetos o sujetos de circunstancias inusuales en la sociedad.

Se subraya que este señalamiento no busca descalificar lo realizado hasta ahora, sino más bien resalta la posibilidad de mejoras en ciertos aspectos. Un aspecto significativo es la ausencia de colocar al interés superior del NNA como el motivo central de la acción de inconstitucionalidad. El texto plantea que, conforme a la jurisprudencia y la normativa en vigor, este principio debería fungir como la principal orientación al abordar cuestiones relacionadas con la infancia y adolescencia.

Se plantea que la acción pública de inconstitucionalidad respecto a la preferencia materna se presenta en un orden que contradice los principios constitucionales de igualdad, no discriminación, corresponsabilidad parental y el interés superior. Se sugiere alterar la

secuencia de prioridades, colocando al interés superior en primera instancia, seguido por la corresponsabilidad parental y, finalmente, la igualdad y la no discriminación.

Y a modo de análisis, se pone a consideración que para que los jueces de la Corte Constitucional hayan decidido declarar inconstitucional el artículo 106 numeral 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia, por las razones de que se presentó la vulneración de derechos constitucionales bajo el problema jurídico de “preferencia materna”, sin embargo, a este le secunda “en casos de tenencia” cuando en cuestión, el artículo controvertido hace referencia al ejercicio de la patria potestad; que si bien la patria potestad y la tenencia son conceptos relacionados también son distintos en el ámbito legal.

Es así que en este ámbito la sentencia 28-15-IN/21 al declarar el artículo inconstitucional incurrió en un error de inatención como lo menciona la sentencia 1158-17-EP/21, al haber argumentado sobre la tenencia cuando el artículo controvertido habla sobre la patria potestad que les concierne a ambos padres incluso si estos se separan o divorcian.

La inatención, o la falta de relación pertinente y directa entre el objeto de la acción y la norma cuestionada, puede considerarse un error en la argumentación de una sentencia. La sentencia que fue objeto de estudio de la presente investigación menciona que al declarar inconstitucional el artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, se está argumentando sobre la tenencia cuando el artículo se encuentra detallado en todo lo referente al ejercicio de la patria potestad.

En conclusión, se enfatiza la necesidad de considerar primero el principio de la niñez y adolescencia al abordar temas relacionados con ellos, evitando que la discusión se convierta en una lucha de géneros en los tribunales constitucionales. La propuesta sugiere que la priorización de principios debería ser: interés superior, corresponsabilidad parental y,

finalmente, igualdad y no discriminación. Este enfoque busca garantizar que las decisiones judiciales estén centradas en el bienestar de los NNA desde un punto de vista constitucionalmente imperativo.

## **7. CONCLUSIONES**

- El Ecuador reconoce en su Constitución principios fundamentales de igualdad y no discriminación. Estos principios están consagrados en la Carta Magna y buscan garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, sin distinción de género u otras características protegidas. En cuanto a la revisión de reglamentación y legislación pertinente revela que, en el contexto de la niñez y adolescencia, existían disposiciones legales que establecían preferencias maternas en la tenencia de hijos, como los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Dicha declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, establece que estas disposiciones posiblemente infringían los principios de igualdad y no discriminación al establecer preferencias basadas en el género en la asignación de la patria potestad. La sentencia se centra en la protección del interés superior del niño, sosteniendo que este principio debe prevalecer sobre cualquier preferencia de género de los progenitores. Esto sugiere una interpretación en la que las normativas anteriores no estaban alineadas con dicho principio.
- La tradicional e histórica preferencia hacia la madre en casos de tenencia de hijos, ha sido declarada inconstitucional, al considerar que transgrede el principio de corresponsabilidad parental consagrado en la Constitución. Este pronunciamiento refleja un avance en pro de la igualdad de género y busca eliminar la preferencia automática hacia la madre, garantizando la igualdad de condiciones con el padre en

casos de custodia. La declaración de inconstitucionalidad es congruente con las discusiones a favor de la igualdad de género, desafiando estereotipos arraigados que asignan a la madre una capacidad superior para la crianza basada en su género. Sin embargo, se reconoce que superar este estereotipo sigue siendo un reto para los progenitores en asuntos de tenencia y protección. Es fundamental que, al decidir sobre la tenencia de NNA, se persiga el supuesto rector del interés superior, asegurando que los administradores de justicia generen condiciones propicias para que los menores sean escuchados que se tome en cuenta su opinión con respecto a la toma de decisiones que les afectan. Esto se alinea con el artículo 12 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas. La sentencia, por lo tanto, contribuye a un enfoque más equitativo y centrado en el bienestar de los menores en los procesos judiciales de custodia.

- La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional representa un hito importante en el hilo de la protección de los derechos de los NNA en Ecuador. Al abordar la preferencia materna en casos de tenencia de hijos, la Corte se enfrentó a la tarea de evaluar si la normativa existente, particularmente los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, infringía principios fundamentales como la igualdad, la no discriminación y el interés superior del niño. Destaca la necesidad imperativa de cuestionar estereotipos arraigados en la sociedad que asignan automáticamente la custodia preferencial a las madres en situaciones de divorcio o separación. Al declarar inconstitucionales dichos numerales, la Corte propone un enfoque más equitativo y libre de discriminación en la toma de decisiones sobre la tenencia de los hijos. Siendo así, la revisión minuciosa del contenido de la sentencia que revela la cuidadosa ponderación de los principios constitucionales involucrados. En particular, se enfatizó la importancia de garantizar la igualdad de condiciones

entre los progenitores, evitando automáticamente favorecer a la madre sin considerar las circunstancias individuales.

- La sentencia subraya que la igualdad de género no solo es un derecho fundamental sino también un pilar esencial para abordar cuestiones de custodia de manera justa y equitativa. La preferencia materna, al basarse en estereotipos sobre las capacidades parentales, resulta incompatible con estos principios fundamentales y, por ende, fue declarada inconstitucional, al igual que resalta la importancia de colocar el interés superior del niño como el principio rector en casos relacionados con su bienestar y desarrollo. La decisión de custodia debe ser tomada considerando la capacidad real de los padres para proporcionar un ambiente seguro y afectivo, sin prejuicios basados en roles tradicionales de género.
- La sentencia 28-15 de la Corte Constitucional representa un avance significativo hacia la construcción de un sistema legal más inclusivo y alineado con los principios constitucionales fundamentales. Al abordar y rectificar la preferencia materna, la Corte contribuye a la creación de un marco jurídico que prioriza la igualdad, la no discriminación y, sobre todo, el interés superior del niño en situaciones judiciales relacionadas con su custodia. Y determina que “bajo ningún caso el juez o jueza podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o en su capacidad económica”.

## **8. RECOMENDACIONES**

- Se recomienda revisar y ajustar la normativa vigente relacionada con la tenencia y custodia de los hijos para asegurar la plena alineación con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. Esto implica eliminar cualquier

disposición que pueda favorecer automáticamente a uno de los progenitores basándose en su género.

- Es esencial implementar programas de concientización y formación jurídica dirigidos a profesionales del sistema judicial, con un enfoque en la eliminación de estereotipos de género en decisiones relacionadas con la tenencia de hijos. Estos programas deben destacar la importancia de evaluar las capacidades parentales de manera objetiva, sin prejuicios basados en roles tradicionales.
- Mantener un enfoque constante en la eliminación de estereotipos de género en las decisiones judiciales. Reconocer que el cambio cultural y social lleva tiempo, pero es esencial para garantizar una igualdad genuina en todos los aspectos de la vida, incluida la tenencia de hijos.
- Llevar a cabo estudios de caso detallados en jurisdicciones específicas donde se haya implementado un cambio en la normativa o prácticas judiciales relacionadas con la preferencia materna. Estos estudios pueden proporcionar información sobre el impacto de tales cambios en la equidad de género y el principio de bienestar infantil.

## 9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. (2005). *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20151108\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf).
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons -Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. <https://books.google.com.ec/books?id=pAVZEAAAQBAJ&pg=PA70&dq=%22Los+principios+son+normas+inmediatamente+finalistas,+primariamente+prospectivas+y+con+pretensi%C3%B3n+de+complementariedad+y+parciali>.
- Briones, M. (2022). *¿Preferencia materna para la tenencia de los hijos? Búsqueda de la igualdad de género en el Ecuador*. . Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, 6(2), 2085-2113. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v6i2.2014](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.2014).
- Cabascango, M. (2018). *El principio constitucional a la igualdad y la preferencia materna en casos de tenencia legal de los hijos*. Universidad Regional Autónoma de los Andes. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7507/1/TUAEXCOMAB>
- Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8483034>.
- Código Civil*. (2005). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial 506. Última modificación: 14-mar-2022. <https://zone.lexis.com.ec>.
- Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. (2003). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial 737. Última modificación: Edición Constitucional del Registro Oficial 262, 2022, de <https://www.lexis.com.ec/>.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial 449. Última modificación: 07-jun-2023. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. (2005). [https://zone.lexis.com.ec/lts-visualizer?id=INTERNAC-CONVENCION\\_SOBRE\\_ELIMINACION\\_DE\\_TODA\\_DISCRIMINACION\\_CO](https://zone.lexis.com.ec/lts-visualizer?id=INTERNAC-CONVENCION_SOBRE_ELIMINACION_DE_TODA_DISCRIMINACION_CO)

NTRA\_LA\_MUJER&codRO=9D9FDED7221B0E2827F704CB23EEB8558ACA85A8&query=%20cedaw&numParrafo=none.

- Duchel, M. (2022). *Análisis Constitucional sobre el derecho de tenencia de menores*. Universidad de Guayaquil. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/64831>.
- Eguiguren, F. (2016). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730>.
- Espinosa, M., & Cueva, P. (2019). La Seguridad jurídica en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia ecuatoriano, ¿la seguridad jurídica de quién? Análisis del cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a la luz del matrimonio igualitario. *Sur Academia: Revista Académica-Investigativa De La Facultad Jurídica, Social Y Administrativa*, 6(12), 81–90. <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/view/539>.
- Espinoza, E. (2022). *La patria potestad en la legislación ecuatoriana*. *Revista Ciencia & Sociedad*, 2(2), 152-162. <https://cienciaysociedaduatf.com/index.php/ciesocieuatf/article/view/29>.
- García, D. (1998). *Derecho Procesal Constitucional*. MARSOL. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/2857/2785/>.
- Herrera, H. (2023). *Tenencia Compartida de Niños, Niñas y Adolescentes, Rol de Cuidado y Discriminación Contra la Mujer*. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(5), 4774-4789. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v7i5.8075](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i5.8075).
- Holguín, J. (1968). *Compendio de Derecho Civil del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones Quito.
- Intriago, A. (2016). Control de Constitucionalidad: Derecho Procesal. *Universidad Andina Simón Bolívar*, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4765>.
- Jaramillo, I., Ripoll, K., & Vargas, E. (2015). *Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar*. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología. <https://www.digitaliapublishing.com/a>.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2009). Asamblea

- Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 52. Última modificación: 07-feb-2023. <https://www.lexis.com.ec/>.
- Muyor, J. (2019). *El cuidado del familiar dependiente: análisis de género en la política social española*. *Prospectiva: Revista de Trabajo Social e Intervención Social*(27), 83-105. <https://revistapropectiva.univalle.edu.co/index.php/prospectiva/%20article%20/view%20/6474>.
- Polo, E. (2022). La declaratoria de inconstitucionalidad de normas por conexidad en Ecuador. *Revista de Derecho*, n.º 38, <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.3>.
- Posso, J. (2023). *Transgresión al Derecho de Integridad Psicológica a Menores en los Procesos de Tenencia en el Ecuador*. . Universidad Regional Autónoma de los Andes. <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/15979>.
- Reyes, E. (2022). *Metodología de la Investigación Científica*. Page Publishing, Incorporated. [https://books.google.com.ec/books?id=SmdxEAAAQBAJ&pg=PT45&hl=es&source=gbs\\_toc\\_r&cad=2#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=SmdxEAAAQBAJ&pg=PT45&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=2#v=onepage&q&f=false).
- Rodríguez, E., Cáceres, N., Agudo, J., & Mesías, J. (2022). *Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador*. *Universidad Y Sociedad*, 14(S1), 202-209. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2706>.
- Romero, M. (2023). *La preferencia del apellido paternal en la inscripción de los niños, niñas y adolescentes y su incidencia en el derecho a la igualdad y no discriminación en el Ecuador*. Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil. <http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/6281>.
- Sentencia Nro. 1158-17-EP/21. (2021). Corte Constitucional del Ecuador (Alí Lozada Prado, J.P 2021).
- Sentencia Nro. 28-15-IN/21. (2021). Corte Constitucional del Ecuador (Enrique Herrería Bonnet, J.P 2021).
- Zafra, R. (2018). *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos Jurídico-Procesales*. Editorial Dykinson, S.L. [https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27225/nadie\\_zafra\\_2018.pdf?sequence=&isAllowed=y](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27225/nadie_zafra_2018.pdf?sequence=&isAllowed=y).