



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

“La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y su incidencia en los derechos de los menores”

Trabajo de Titulación para optar al título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Autora:

Aimée Patricia Torres Rubio.

Tutor:

Dr. Hugo Roberto Miranda Astudillo.

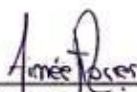
Riobamba, Ecuador. 2022.

DERECHOS DE AUTORÍA

Yo, Aimée Patricia Torres Rubio, con cédula de ciudadanía 145002341-9, autora del trabajo de investigación titulado: "La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y su incidencia en los derechos de los menores", certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas son de mí exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mi entera responsabilidad; librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, a los 19 días del mes de diciembre de 2022.



Aimée Patricia Torres Rubio.

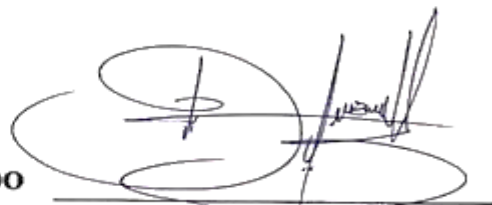
C.I: 1450023419

**DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DE
TRIBUNAL**

Quienes suscribimos, catedráticos designados Tutor y Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación “La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y su incidencia en los derechos de los menores”, por Aimée Patricia Torres Rubio, con cédula de identidad número 1450023419, certificamos que recomendamos la APROBACIÓN de este con fines de titulación. Previamente se ha asesorado durante el desarrollo, revisado y evaluado el trabajo de investigación escrito y escuchada la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba a los 19 días del mes de diciembre de 2022.

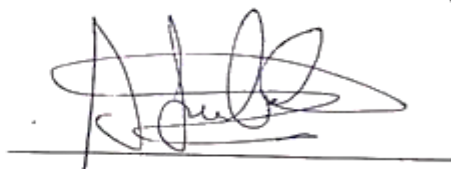
Dr. Danny Israel Silva.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE GRADO



Dr. Alex Fabricio Lluquín.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO



Dr. Alex Mauricio Duchicela.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO



Dr. Hugo Roberto Miranda.
TUTOR



DEDICATORIA

El presente proyecto, es un reflejo de todo el esfuerzo y dedicación que día con día, he ido realizando, por ello, esta investigación me la dedico principalmente a mí misma, como muestra de que todo aquello, que nos propongamos, con voluntad, humildad y esfuerzo, lo podemos lograr. Así también se lo dedico a mi mami, pilar fundamental de mi vida, quien ha sido mi motor para poder continuar con mis estudios universitarios, ella es uno de mis grandes motivos, para nunca darme por vencida; a mi papá, quien con sus consejos y cariño me ha apoyado para seguir adelante; a mis abuelitos, Gonzalo y Naty, quienes me han llenado de cariño y valores, sé que mi abuelito desde el cielo, está orgulloso de todo lo que hoy estoy logrando.

Aimée Patricia Torres Rubio.

AGRADECIMIENTO

La vida universitaria, es un camino lleno de altibajos, o al menos, para mí lo fue, pero con la ayuda de Dios, y de todas las personas que me ayudaron, motivaron y dieron una palabra de aliento, lo estoy logrando, ahora puedo decir, que orar, siempre funciona; gracias a quienes fueron parte de mi proceso, a mi familia, amigos, y docentes, quienes me enseñaron que todo lo que un día construimos con sacrificio tiene su recompensa.

Un profundo agradecimiento a mi madre, quien día con día se esforzaba por que yo pudiera culminar mis estudios, sé que esto, solo representa una parte de todo lo que yo le debo; gracias a mi papá, por sus palabras de aliento para seguir adelante; gracias a mis hermanos, quienes nunca dudaron de mí; gracias a mis amigos, de manera especial a Bryan, quien me ha alentado a seguir adelante.

Aimée Patricia Torres Rubio.

ÍNDICE GENERAL.

DERECHOS DE AUTORÍA

DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS

RESUMEN ABSTRACT

CAPÍTULO I.....	11
INTRODUCCIÓN.....	11
1.1 PROBLEMA	12
1.2 JUSTIFICACIÓN.....	13
1.3 OBJETIVOS.....	14
1.3.1 Objetivo General.	14
1.3.2 Objetivos Específicos.	14
CAPÍTULO II.....	15
MARCO TEÓRICO.	15
2.1. Estado del Arte.	15
2.2. Aspectos Teóricos.	17
2.2.1. UNIDAD I.	17
DERECHOS DE LOS MENORES.	17
2.2.1.1. Reseña histórica de los derechos de los menores.	17
2.2.1.2. Derechos de los menores en la normativa ecuatoriana.....	18
2.2.1.3. Derechos de los menores en la normativa internacional	19
2.2.1.4. Principio de interés superior del niño	20
2.2.2. UNIDAD II.....	21
TENENCIA Y PATRIA POTESTAD.	21
2.2.2.1. Definiciones acerca de la tenencia y patria potestad.	21
2.2.2.2. Reglas para conceder la tenencia y patria potestad.	22
2.2.2.3. Suspensión y privación de la tenencia y patria potestad.	23
2.2.2.4. Cuadro Comparativo acerca de la tenencia y patria potestad.	24
2.2.3. UNIDAD III.	25

LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N° 28-15-IN/21, Y SUS	
EFECTOS JURÍDICOS.	25
2.2.3.1. Análisis jurídico de la sentencia N° 28-15-IN/21 emitida por la Corte	
Constitucional ecuatoriana.	25
2.2.3.2. Estudio jurídico de los derechos vulnerados a los progenitores constante en la	
sentencia N° 28-15-IN/21.....	28
2.2.3.3. Análisis de los derechos de los menores considerados por la Corte Constitucional	
ecuatoriana.	29
2.2.3.4. La incidencia de la sentencia N° 28-15-IN/21, en los derechos de los menores y la	
tenencia.....	32
CAPÍTULO III.	36
METODOLOGÍA.....	36
3.1. Unidad de Análisis:	36
3.2. Métodos:	36
3.3. Enfoque de la Investigación:	36
3.4. Tipo de la investigación.....	37
3.5. Diseño de la Investigación.....	37
3.6. Población y muestra	37
3.7. Técnicas e instrumentos de investigación.	37
3.8. Técnicas para el tratamiento de la información.....	37
3.9. Recursos	38
4. Hipótesis.	38
CAPÍTULO IV.	39
RESULTADOS Y DISCUSIONES.	39
RESULTADOS.	39
DISCUSIONES.	41
CAPÍTULO V.	43
CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES	43
CONCLUSIONES.....	43
RECOMENDACIONES.	44
BIBLIOGRAFÍA	45
ANEXOS.	47

ÍNDICE DE TABLAS.

Tabla N° 1. Cuadro comparativo: Patria Potestad y tenencia.....	24
Tabla N° 2. Parámetros para otorgar la tenencia.	35
Tabla N° 3. Ficha bibliográfica 1.....	47
Tabla N° 4. Ficha bibliográfica 2.....	48
Tabla N° 5. Ficha bibliográfica 3.....	49
Tabla N° 6. Ficha bibliográfica 4.....	50
Tabla N° 7. Ficha bibliográfica 5.....	51
Tabla N° 8. Ficha bibliográfica 6.....	52
Tabla N° 9. Ficha bibliográfica 7.....	53

RESUMEN

La presente investigación titulada: “La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y su incidencia en los derechos de los menores”, se realiza con el propósito de analizar a través de un estudio jurídico crítico, cómo la mencionada resolución incide en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, dicha sentencia analiza la figura jurídica de la tenencia, teniendo en cuenta que el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, manejaba criterios y parámetros para otorgarla, de manera preferente a las madres, es así como determina que los numerales 2 y 4 del Art. 106, del mencionado código violentan derechos constitucionales y no se basan en el interés superior de los menores, puesto que al ser la ley preferente a la madre, lo único que se estaba primando, eran estereotipos de género, más no, la garantía de los derechos de los hijos. Además, se realizará un análisis de los derechos de los menores y las figuras jurídicas de la tenencia y patria potestad.

Palabras claves: Derechos de los hijos, tenencia, interés superior del niño, sentencia N° 28-15-IN/21.

ABSTRACT

This research entitled: "The ruling of the Constitutional Court No. 28-15-IN/21 and its impact on the rights of minors" is carried out to analyze, through a critical legal study, how the resolution above affects the rights of children and adolescents. That judgment analyzes the legal concept of tenure, considering that the Ecuadorian Code of Children and Adolescents handled criteria and parameters to grant it preferentially to mothers. This way is how it determines that paragraphs 2 and 4 of Article 106 of the code above violate constitutional rights and are not based on the best interests of minors. Since the mother preferred the law, the only thing that took precedence was gender stereotypes, but not the guarantee of the children's rights. In addition, an analysis of the rights of minors and the legal figures of possession and parental authority will be carried out.

Keywords: Rights of children, tenure, best interests of the child, judgment No. 28- 15-IN/21



Firmado digitalmente por:
**LORENA DEL
PILAR SOLIS
VITERI**

Reviewed by:

Mgs. Lorena Solís Viteri

ENGLISH PROFESSOR

c.c. 0603356783

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.

El propósito de la presente investigación, es realizar un estudio del análisis y resolución con el que la Corte Constitucional ecuatoriana, mediante sentencia N° 28-15-IN/21, declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia, estableciendo que cualquiera de los dos progenitores están en condiciones para asumir la tenencia de los niños, niñas y adolescentes; de esta manera, la corte realiza un análisis jurídico respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, con el objetivo de garantizar el ejercicio del principio de interés superior del niño.

El artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia, expone la figura jurídica de la tenencia, así como las reglas que deberán tomarse en consideración a fin de concederla; los numerales 2 y 4 *ibidem*, determinan la preferencia materna al momento de confiar la tenencia de los hijos, pasando por alto un análisis adecuado para la determinación, de a quien se le concede el cuidado de los mismos, basados en el interés superior del niño y los derechos de los menores en general.

A lo largo de la presente investigación se realizará, un análisis jurídico crítico de la sentencia N° 28-15-IN/21, a fin de establecer su incidencia en los derechos de los menores. El Estado ecuatoriano, busca precautelar los derechos de sus ciudadanos y de las personas que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria, situación en la que se localizan los niños, niñas y adolescentes, considerando que los derechos y garantías deben adecuarse a las condiciones de vida de estos.

Por último, cabe mencionar que la metodología y estructura a usarse en la presente investigación, involucra métodos, como: descriptivo, histórico lógico, jurídico - doctrinal, entre otros, mediante los cuales se podrán obtener los resultados deseados; el enfoque que se le dará a la investigación es cualitativo, mientras que la dimensión será interpretativa; el diseño responde a una tendencia descriptiva, histórica, documental-bibliográfica; la unidad de análisis, recae sobre la sentencia N° 28-15-IN/21, dentro de la cual se declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia por parte de la corte constitucional, a fin de establecer su incidencia en los derechos de los menores.

Para obtener los resultados deseados, la investigación se encuentra estructurada conforme lo estipula el artículo 16, numeral 3 del Reglamento de Titulación Especial, debido a ello, contiene los siguientes aspectos: portada; introducción; planteamiento del problema; objetivos: general y específicos; estado del arte, relacionado a la temática; marco teórico, compuesto de las siguientes unidades: Unidad I: Derechos de los menores; Unidad II: Tenencia y Patria Potestad; Unidad III: La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y sus efectos jurídicos; metodología; presupuesto; cronograma del trabajo investigativo; con lo que se da cumplimiento a las 400 horas establecidas por el Reglamento de Régimen Académico del CES; referencias bibliográficas; anexos; y, visto bueno del tutor.

1.1 PROBLEMA

El problema a investigar será, determinar la incidencia de la sentencia de la corte constitucional N° 28-15-IN/21, en la garantía de los derechos de los menores y en la relevancia del principio del interés superior del niño. Es así, que la corte, con el fin de precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, analiza el tema del encargo judicial, de manera que se establece que las reglas del artículo 106 del CONA, son contrarias a los derechos constitucionales, debido a que se vulnera el principio de interés superior del niño.

Es importante mencionar, que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran en constante cambio, debido al entorno social en el que se desenvuelven; en este sentido, a criterio de varios juristas, se ha considerado que la tenencia, así como la patria potestad se deben ejercer de manera conjunta, y en caso de que los padres decidan separarse o divorciarse se deberán aplicar las reglas del artículo 106 del CONA a fin de determinar la tenencia de los menores.

Ahora bien, se han dado casos en los que no existe un acuerdo por parte de los progenitores, por lo que el juzgador es quien debe resolverlo, considerando la idoneidad de los mismos, pero regido a lo dispuesto en la norma, es decir, teniendo que tomar en cuenta, preferencialmente a la madre para ejercer este cargo, sin un análisis adecuado de aptitud aplicado a los dos progenitores por igual, ignorando la aplicación del principio de interés superior del menor.

Ante la disposición de preferencia a la madre, sin importar que el padre se encuentre apto para asumir este rol; se evidencia claramente una plena vulneración de sus derechos, lo cual, además de afectar la relación parento filial, crea inconformidad, sin considerar que quizá aun cuando la madre es idónea para ejercer este cargo, el menor podría tener una mejor calidad de vida, si se encuentra al cuidado de su padre, quien podría presentar una idoneidad para la tenencia; por lo cual, la presente investigación efectuará un análisis jurídico crítico a la sentencia de la corte constitucional N° 28-15-IN/21 a fin de establecer su incidencia en los derechos de los hijos.

En definitiva, es importante analizar la figura jurídica de la tenencia, puesto que en algunas circunstancias la ley no toma en cuenta el interés superior del niño, entendiendo que esta figura jurídica no debe ser siempre un conflicto entre padre o madre, sino en buscar el bienestar del menor, donde el juez debe diagnosticar la situación, a través de los informes periciales, tomando en cuenta los elementos necesarios para resolver y establecer la tenencia a favor del progenitor que demuestre un mejor desenvolvimiento dentro de la sociedad y encontrarse en una situación idónea, para tener a cargo a sus hijos.

1.2 JUSTIFICACIÓN.

En la normativa vigente, antes de la sentencia de la corte constitucional N.º 28-15-IN/21, la institución jurídica de la tenencia era atribuida preferencialmente a la madre sin un análisis igualitario de aptitud a los dos progenitores, sin tomar en cuenta el interés superior de los niños, sino más bien, precautelando intereses particulares, como el de los progenitores, creando conflictos entre los mismos, tal es el caso, que se descuidaba la garantía de los derechos de los hijos y solo se enfocaba a estereotipos de género.

Es por ello, que el trabajo teórico evidencia la actuación de la Corte Constitucional ecuatoriana, en su rol de hacer respetar la carta magna, y los derechos que la misma estipula, especialmente de las niñas, niños y adolescentes, quienes, pertenecen a un grupo de atención prioritaria, que merecen protección del estado y en el ámbito legal; la figura jurídica de la tenencia, debería centrarse en favorecer la garantía de los derechos de los hijos en concordancia con la sentencia N.º 28-15-IN/21.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General.

Analizar a través de un estudio jurídico - crítico, como la sentencia N° 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, incide en los derechos de los menores.

1.3.2 Objetivos Específicos.

Objetivo específico 1: Establecer el alcance de los derechos de los menores en la legislación ecuatoriana e internacional.

Objetivo específico 2: Realizar un análisis legal, respecto de la tenencia y patria potestad en el Ecuador.

Objetivo específico 3: Determinar los efectos jurídicos de la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana, en los derechos de los menores.

CAPÍTULO II.

MARCO TEÓRICO.

2.1. Estado del Arte.

Tras la revisión de proyectos de investigación y referencias bibliográficas de varios autores, que guardan cierta similitud y relación con el presente proyecto investigativo titulado **“LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N° 28-15-IN/21 Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DE LOS MENORES”** se ha podido establecer lo siguiente:

Sergio Peralta Armas, en el año 2019, para obtener el título de Abogado de los Tribunales de la República, presento un trabajo investigativo titulado **“ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA A LA LUZ DE LOS ENFOQUES INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”** (Peralta, 2019, p. 5) manifiesta que:

La tenencia compartida, puede traer consigo algunos efectos para los menores, debido a que van a ser trasladados a un contexto social, cultural y geográfico diferente al cual se han desarrollado, es decir, pasan a otro contexto familiar, por ejemplo: una familia integrada por las nuevas parejas de sus progenitores, los familiares de estos, o también a una convivencia monoparental con el padre o la madre y un familiar que los apoye. (Peralta, 2019, pp. 80-81).

Nelson Vinicio Aráuz Cabuyales, en el año 2016, para obtener el título de Abogado de los Tribunales de la República, presento un trabajo investigativo titulado **“LA TENENCIA Y PATRIA POTESTAD DEL MENOR DE EDAD QUE NO HA CUMPLIDO DOCE AÑOS Y LA DEBIDA APLICACIÓN AL ARTÍCULO 106, NUMERAL DOS DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN EL PERÍODO 2015, DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, SECTOR LA MARISCAL”** (Aráuz, 2016, p. 1) manifiesta que:

La 9 una brecha muy amplia entre los progenitores paternos y sus hijos, debido a cuestiones de resentimientos sociales, en los que el padre es catalogado, como un sujeto dedicado a suministrar dinero al hogar y no a la crianza de los niños, por lo que, esto dificulta un desarrollo integral de los menores, quienes, muchas veces crecen sin una figura paterna presente. (Aráuz, 2016, p. 101).

Isabel Janneth Mejía Pachacama, en el año 2017, para obtener el título de Abogada de los Tribunales de la República, presento un trabajo investigativo titulado **“LA TENENCIA COMPARTIDA COMO UN DERECHO A UN BUEN VIVIR DE LOS MENORES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”** (Mejía, 2017, p. 1) manifiesta que:

La custodia compartida en el Ecuador, aunque no está legislada, tiene muchas ventajas, en la creación de vínculos familiares más sólidos de los niños, niñas y adolescentes, de esta manera se pueden favorecer sus derechos, y el desarrollo armónico e integral con el que deben crecer. (Mejía, 2017, p. 81)

Norma Verónica Pérez Paredes, en el año 2017, para obtener el título de Abogada de los Tribunales de la República, presento un trabajo investigativo titulado **“CUSTODIA COMPARTIDA: UN NUEVO REGIMEN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”** (Pérez, 2017, p. 1) manifiesta que:

Ciertamente el divorcio o separación, trae consigo una serie de conflictos en cuanto a la tenencia de los niños y adolescentes, en vista de que muchas de las veces, uno de los progenitores es quien asume su crianza, y el otro se convierte en un mero visitador, afectando la garantía de los derechos de los menores. (Pérez, 2017, p. 50).

2.2. Aspectos Teóricos.

2.2.1. UNIDAD I.

DERECHOS DE LOS MENORES.

2.2.1.1. Reseña histórica de los derechos de los menores.

Es importante mencionar un contexto histórico sobre la línea del tiempo de la garantía de los derechos de los menores, para conocer con mayor profundidad cómo ha sido la realidad de las niñas, niños y adolescentes en años pasados, entendiendo que los mismos, no tenían las mismas facultades y derechos que actualmente poseen, puesto que las creencias tanto religiosas como sociales, establecían que sólo los adultos eran capaces de asumir derechos y obligaciones; por ello, es preciso citar un proceso evolutivo para el reconocimiento de los derechos de los menores:

➤ Declaración de Ginebra en el año 1924.

Esta normativa internacional es trascendental dentro de la historia, debido a que anteriormente no existía ley alguna que proteja los intereses y derechos de los niños, es así que el documento fue elaborado y aprobado por la Sociedad de Naciones, en el mes de diciembre de 1924; algo que se destaca dentro de esta declaración es el avance importante que tuvo para el mundo su promulgación, sin embargo, algunas de las frases y conceptos con las cuales manejaban el tema de niñez, llaman la atención por su rudeza, en vista de que se tenía la concepción de que los menores debían mantener estándares de educación, y quienes eran llamados inadecuadamente como desadaptados debían ser reeducados; además de ello, mencionaba que se les debía enseñar a “ganarse la vida”, frase enmarcada en el ámbito laboral (Ortega, 2015).

Cabe señalar que, aunque esta normativa fue un gran adelanto en el tema de derechos infantiles, en esos tiempos, el mundo se vio sumergido en una etapa bélica, debido a las dos guerras mundiales que suscitaron, es así que, aunque se habían establecido normas en beneficio de los menores, las mismas no pudieron frenar las consecuencias desastrosas que sufrieron los niños y niñas.

➤ Declaración de los derechos del niño del año 1959.

Luego de la Declaración de Ginebra, y cuando se habían superado en gran parte los acontecimientos bélicos mundiales, se emitió un nuevo instrumento legal con el objetivo de afianzar el compromiso de garantizar los derechos de los menores, en vista de ello, se promulga la Declaración de los derechos del niño, con el establecimiento de diez principios, que de alguna manera sumaban y cambiaban algunos de los criterios que anteriormente ya se habían construido en la declaración de Ginebra; en este instrumento, se eliminaban algunas concepciones como la de que los niños tenían que aprender a ganarse la vida; sin embargo de ello, hasta este momento los menores seguían siendo considerados como objetos que necesitaban de protección (Ortega, 2015).

Este manifiesto normativo, es la muestra de la suma de esfuerzos que se fueron construyendo a lo largo de los años, con la finalidad de superar varias situaciones de desigualdad y desprotección de las niñas, niños y adolescentes, manteniendo la ideología de la anterior declaración, que era la de que los niños debían estar sometidos y protegidos por sus progenitores; en vista de la crisis mundial, donde los menores fueron afectados de manera directa, se evidenció una evolución en los derechos de los menores.

➤ **Convención de los derechos de los niños.**

Después de 30 años de haberse promulgado el primer precepto legal que protegía a los niños, se establece la Convención sobre los derechos de los infantes, de la cual emanan directrices y principios más solventes en cuanto al reconocimiento de todas las facultades que poseen los menores, y algo más importante, que es la obligación que tienen los gobiernos de velar por hacer efectivos los derechos de los mismos; aquí se destaca la obligación que se tiene de considerar y respetar la voz y criterio de los menores en todas las actuaciones de las cuales formen parte (Ortega, 2015).

Este instrumento legal, es una guía para los estados y familias a nivel internacional, que compromete a los países firmantes, a la promoción de los derechos de todos los niños y adolescentes, por lo cual, obliga rotundamente a crear e incentivar políticas, leyes que salvaguarden los intereses de los menores; es así, que la convención deja sentado que los menores son sujetos de derechos, más no objetos de protección, como se estipulaba anteriormente.

2.2.1.2. Derechos de los menores en la normativa ecuatoriana

En el Ecuador, los derechos de los niños han sido un tema fundamental en los diferentes ámbitos: sociales, económicos y políticos, derechos que han sido desarrollados en la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la niñez y adolescencia, normativas que buscan precautelar el efectivo goce de los mismos, en todo lugar y en todo momento.

La constitución, establece que los niños, niñas y adolescentes son parte de los grupos de atención prioritaria, esto de acuerdo a que, en la normativa constitucional, se establece una sección dedicada a desarrollar los derechos inherentes a ellos; un ejemplo de ello, es lo que dispone, el inciso segundo del artículo 45:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y **disfrutar de la convivencia familiar** y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a **recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes**, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). *Las negritas me pertenecen.*

Es menester, establecer que, a partir de ello, la carta magna establece una serie de derechos y facultades de los niños y adolescentes, teniendo en cuenta que su enfoque siempre está guiado a la convivencia familiar y al mantenimiento de las relaciones parentales, lo que es una base para la presente investigación, tomando en cuenta que todas las decisiones en el ámbito familiar, siempre tienen que velar por el respeto de los derechos de los menores.

Ahora bien, dentro del Código de la niñez y adolescencia, también se desarrollan disposiciones generales, respecto de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, determinando que los mismos, deben ser considerados como sujetos de derechos; teniendo en cuenta que sus facultades, son de orden público, interdependientes, indivisibles e intransigibles (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017).

En el marco normativo ecuatoriano se debe propender a la garantía de los derechos de los menores, incluyendo a todos los miembros de entidades estatales y de la sociedad en general, para actuar en base al principio del interés superior del niño, de esta manera, las interpretaciones normativas deben ser las más favorables a los menores, quienes pertenecen a un segmento de prioritaria atención en el Ecuador; existen en la legislación vigente, preceptos que protegen y garantizan el ejercicio de los derechos de los niños, sin embargo, es tarea de los miembros de todas las organizaciones que ejercen ley en el país, y de la población, que se busque el beneficio de los menores, como rol principal en la sociedad.

2.2.1.3. Derechos de los menores en la normativa internacional

En el ámbito internacional, es importante destacar que, a nivel mundial, después de una historia de violación a los derechos de los menores, se han ido creando instrumentos para garantizar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, con el objetivo de cambiar esta línea del tiempo trágica para la humanidad; es así, que la Convención sobre los derechos del niño, es uno de los instrumentos más importantes para la garantía de los derechos de los menores.

Tal como, lo describe Sünker y Moran-Ellis (2018): “La convención es un referente trascendental para la realización de la participación de los niños, al contemplar la necesidad de mejorar las condiciones de vida de la infancia en todo el mundo” (p.182), esto obliga a los estados partes, a que se desarrollen medidas y políticas que prioricen los derechos de los niños en toda la sociedad, es decir, que todas las leyes y preceptos jurídicos, tengan como finalidad proteger a los niños de cualquier arbitrariedad o violación de derechos; siguiendo esta línea, es importante centrarnos en los 10 derechos fundamentales, que según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), deberían ser considerados a nivel mundial:

Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad; Derecho a una protección especial para que puedan crecer física, mental y socialmente sanos y libres; Derecho a tener nombre y nacionalidad; Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuada; Derecho a educación y atenciones especiales a niños, niñas con discapacidad; **Derecho a recibir amor y a ser comprendidos por su**

familia y la sociedad; Derecho a recibir educación y poder divertirse y jugar; Derecho a atención y ayuda preferentes en caso de peligros; Derecho a ser protegidos contra el abandono y el trabajo infantil y derecho a recibir una educación que fomente la solidaridad, amistad entre todo el mundo (UNICEF, 2014). *“Las negritas me pertenecen”*.

Como se había dejado anotado, en párrafos anteriores, es importante tener en cuenta que la familia, es el núcleo fundamental de la sociedad, y es así que los niños al ser parte primordial de un hogar, tienen derechos inherentes al mismo, como el de desarrollarse en un ambiente de amor y respeto con sus progenitores.

Ahora bien, es importante hacer notar que al igual que Ecuador, otros países latinoamericanos, mantienen el mismo paradigma de proteger los derechos de los niños, es así que Obrador (2017), en su informe, menciona que en la Constitución Política de Colombia, se establece de manera enfática la prevalencia de los derechos de los menores, en comparación a los demás derechos, aspecto importante en dicho país, en cuanto al avance del reconocimiento y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, siendo un referente para la legislación ecuatoriana; así mismo, en ese país, en el Código de infancia y adolescencia (Ley 1098/2006), se hace referencia al interés superior de los menores, la prevalencia y el carácter interdependiente que deben mantener los derechos de los mismos.

En el mismo sentido, en México existe la Ley para la protección de los derechos de las niñas y niños, donde se establece una política de respeto, aceptación y afecto hacia los menores, poniendo la prioridad de garantía en cuanto a sus derechos, en comparación con los demás establecidos en la norma vigente, lo que ayuda a establecer una priorización en el derecho de los menores (Obrador, 2017).

Por otra parte, en Chile se pueden encontrar cuerpos normativos, donde se garantizan los derechos de los menores como lo es la Ley 19.968, donde lo más relevante puede ser lo estipulado en su artículo 16, que habla acerca del interés superior de los menores, con la finalidad de brindar la garantía de sus derechos sobre otros derechos ya establecidos; se debe mencionar también que en la ley 20.084, se establece el interés superior del adolescente, la cual, se enfoca más a la garantía de los derechos de este grupo poblacional, sobre todo, en procesos sancionatorios judiciales, civiles y demás presentes en el ordenamiento jurídico de ese país (Obrador, 2017).

2.2.1.4. Principio de interés superior del niño

El desarrollo de este principio fundamental, ha ido surgiendo a la par de la evolución de la normativa de derechos de los niños, es así, como su primer precedente, se lo encuentra en el sistema anglosajón, que establecía a la familia, como un eje fundamental dentro de la sociedad; pero, no es hasta la promulgación de la Convención de los derechos del niño, que este principio es establecido, como un principio de obligatorio e inmediato cumplimiento.

De acuerdo a ello, dentro de la Convención sobre los derechos de los niños, se establece en su artículo 3, que: “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo” (Convención sobre los derechos del niño, 2006, Artículo 3); en este sentido, es imperante que todas las actuaciones del sistema judicial y legal, respondan, por sobre todos los demás derechos, al interés de los menores.

Para definir a este principio, es necesario tomar en cuenta lo que menciona la Observación No. 14 del Comité de los derechos del niño, la cual establece al interés superior del niño como una conceptualización triple, basada en: derecho sustantivo, lo que instituye, la prioridad de interés tomando como protagonista al niño, en relación a otros intereses; principio interpretativo fundamental, que determina la interpretación más favorable al interés superior del niño; como norma de procedimiento, donde los países miembros deben justificar que las decisiones tomadas en el marco legal, deben estar en concordancia al interés superior del niño (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44 establece el principio de interés superior del niño, haciendo énfasis en la importancia de hacer prevalecer los beneficios y derechos de los menores, en concordancia con los instrumentos internacionales vigentes a nivel mundial, con la finalidad de establecer una cultura en beneficio de las niñas, niños y adolescentes, en el marco legal estatal.

En razón de todo lo mencionado anteriormente, este principio o directriz, cobra relevancia al momento de orientar la actuación de los jueces, al momento de decidir respecto al bienestar de las niñas, niños o adolescentes, en función de garantizar sus derechos. Por lo tanto, el interés superior es un derecho de los niños, un principio legal, una norma de procedimiento que no puede ser ignorada, en el curso de un proceso legal.

2.2.2. UNIDAD II.

TENENCIA Y PATRIA POTESTAD.

2.2.2.1. Definiciones acerca de la tenencia y patria potestad.

Para comprender de mejor manera el análisis de la corte constitucional, respecto de la sentencia que se analiza en la presente investigación, es preciso, definir dos figuras jurídicas que tienden a ser confundidas o relacionadas, y aunque ambas correspondan al cuidado y crianza de los menores, no son lo mismo.

Para ello, el Código de la niñez y adolescencia, menciona que la patria potestad: “no solo es el conjunto de derechos sino también de deberes que tienen los padres relativos a sus hijos no emancipados” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017), en este sentido, se refiere a la protección y la garantía de derechos que asumen obligatoriamente los progenitores.

Del mismo modo, se establece que “las potestades que se derivan de la patria potestad están enmarcadas en los ámbitos personal, patrimonial, y de representación del menor, por

lo que la legislación concede a los progenitores un poder completo sobre sus hijos” (Noriega, 2021, p.7), lo cual significa que los padres tienen varias facultades y obligaciones respecto del cuidado personal, administración de bienes y representación de los menores, lo que hace que posean un deber importantísimo en el desarrollo de los hijos, teniendo en cuenta que se trata de una figura jurídica de carácter obligatorio.

Es preciso indicar que, dentro de la revista Universidad y Sociedad, se señala que el ejercicio de la patria potestad, al ser una figura inherente a los progenitores, no está supeditada al hecho de que si los mismos están separados o no (Rodríguez Salcedo et al., 2022), esto, es un aspecto muy importante dentro del presente estudio, puesto que muchas veces existen confusiones respecto a que si una persona se separa de otra, quien queda al cuidado de los hijos, asume la patria potestad, lo que no es viable, ya que al ser ambos los titulares de los niños, deben ser los dos, quienes asuman este conjunto de obligaciones y derechos.

Por otro lado, al hablar de tenencia, el Código de la niñez y adolescencia, menciona que se trata de una institución jurídica, que se basa en el cuidado y crianza de los hijos, por parte de uno de los progenitores, dependiendo de la decisión judicial que se tome (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017), es así, que la tenencia, es el encargo judicial que se le asigna a uno de los padres para llevar a cabo el desarrollo presencial de los hijos.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en el Ecuador, la figura de la tenencia, cuando existe un matrimonio como tal, es ejercida de manera conjunta, el problema o dificultad se presenta, cuando los progenitores deciden separarse o divorciarse, en este sentido, tal y como, lo estipula el artículo 115 del Código Civil ecuatoriano, es necesario que para que se dicte la resolución que disuelva el matrimonio, se resuelvan todos los aspectos relacionados a los hijos, como son: alimentos, tenencia y régimen de visitas (Código Civil, 2019, artículo 115).

Es preciso tener en cuenta, que tal y como se ha desarrollado anteriormente, la tenencia y patria potestad no son lo mismo, en vista de que la primera es un modo de ejercer la patria potestad, que se relaciona a la convivencia y cuidado de los hijos; mientras que, la segunda figura jurídica es un derecho y obligación que tienen los progenitores para velar por el desarrollo integral de sus hijos, indistintamente del estado civil en el que se encuentren.

2.2.2.2. Reglas para conceder la tenencia y patria potestad.

En el ámbito jurídico ecuatoriano, se establecían ciertos parámetros para ejercer la patria potestad y la tenencia de los hijos, los mismos, que se encontraban estipulados en el Código de la niñez y adolescencia, esto, según lo que menciona su artículo 118, que establece que el cuidado de los hijos se regirá por lo estipulado en el artículo 106 *ibídem*.

El artículo 106 del CONA, establecía, ciertas reglas para confiar la tenencia y patria potestad, siguiendo criterios de preferencia a la mujer, por ser quien históricamente, posee una función maternal y social, es así, que la norma disponía, que cuando no exista acuerdo por parte de los ascendientes, la tenencia y patria potestad se otorgará preferentemente a la

madre, y cuando los dos progenitores sean aptos y estén en las mismas condiciones para asumir esta responsabilidad, de igual manera, se tomará en cuenta la tendencia maternal (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017).

Así también, esta norma establece como condición obligatoria el respeto al criterio de los menores, y su interés superior, determinando que el ejercicio de la tenencia y patria potestad debe sujetarse a garantizar un desarrollo integral de los niños y adolescentes, otorgando la responsabilidad a quien demuestre tener mejores aptitudes para ejercerla; sin embargo, dos de las reglas que disponía el artículo 106 del CONA, estaban sujetas a estereotipos de género, que generaban inconformidades en el sistema procesal, lo que motivó a la Corte Constitucional ecuatoriana a pronunciarse al respecto, por lo que en la actualidad estas reglas están excluidas de la normativa ecuatoriana, cuestión que analizaremos más adelante.

2.2.2.3. Suspensión y privación de la tenencia y patria potestad.

Como ya ha sido señalado anteriormente, existe una distinción muy marcada entre la tenencia y patria potestad, es así que el Código de la niñez y adolescencia que las regula, establece una sección particular para establecer las causas por las cuales se puede suspender la patria potestad, por lo que el artículo 112 ibidem, determina que los fundamentos por los que el juzgador puede dar por suspendida esta institución jurídica son:

“Ausencia no justificada por más de seis meses; maltratos graves a los hijos; declaratoria de interdicción del progenitor; privación de libertad; dependencia al alcohol u otras drogas; motivar al menor a cometer actos que atenten contra integridad física o psicológica” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017); en este sentido, lo que se pretende por ley, es prevenir que los menores sufran consecuencias irremediables en su integridad, por lo que mediante una resolución judicial, se determina que el o los progenitores no están aptos para asumir su rol protector frente a sus hijos; cabe recalcar, que cuando se superen estas situaciones, los ascendientes están en todo su derecho de reclamar judicialmente, el restablecimiento de esta facultad.

Paralelamente, el rol de la patria potestad puede ser privada, por las causales que determina el artículo 113 del mencionado código, actuaciones de los padres hacia sus hijos que vulneran gravemente los derechos de los menores, siendo estos, los siguientes:

Maltratos físicos y psicológicos graves y reiterados; abuso de carácter sexual; explotación sexual, laboral y económica; interdicción a causa de demencia; falta de interés manifiesta por más de seis meses; incumplimiento grave o reiterado de sus obligaciones parentales; inducir o permitir la mendicidad de los hijos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017, artículo 113).

Ahora bien, una vez analizadas las casuas por las cuales una persona puede perder o verse suspendida en ejercer la patria potestad, es necesario indicar que “la legislación ecuatoriana, expone la figura de la reversibilidad, debido a que lo que se pretende como estado, es evitar que se termine la relación parento filial, por lo que las causas anotadas anteriormente son alterables” (Ferre, 2018, p. 16).

Es por ello, que el CONA, ha establecido que cuando los padres superen de alguna manera las causas por las cuales fueron sancionados con la pérdida o suspensión de la patria potestad, tienen el total derecho de pedir su restablecimiento, fundamentados en pruebas y un seguimiento especializado, que se lo realiza mediante la aplicación de las medidas de protección que designa el juzgador competente.

Por otro lado, en el caso de la tenencia, al ser un deber de cuidado presencial, no se establecen como tal, reglas sobre la privación o suspensión de la misma, sino más bien, se habla de una modificación, por medio de la cual, cuando se demuestre que el niño o niña está siendo víctima de la vulneración de sus derechos y necesidades más básicas, se puede solicitar al juzgador el encargo judicial de los menores, siguiendo un trámite judicial respectivo (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017); algo que se acentúa en este tema, es que las resoluciones que son tomadas, respecto a estas complicaciones, deben ir siempre enfocadas en garantizar los derechos de los menores y no afectar su cotidianidad.

2.2.2.4. Cuadro Comparativo acerca de la tenencia y patria potestad.

Es oportuno realizar un cuadro comparativo relacionado a las figuras jurídicas en cuestión, ya que en los últimos años han sido muy discutidas y solicitadas dentro del sistema judicial, debido a que las mismas, se relacionan directamente con el bienestar y futuro de los menores, cuando existen conflictos entre los progenitores; así también, las mismas suelen ser confundidas, tal y como sucedió en los argumentos que se expusieron ante la corte constitucional, en la sentencia No. 28-15-IN/21, resolución que servirá de base para la realización de la comparación jurídica.

Tabla N° 1. Cuadro comparativo: Patria Potestad y tenencia.

FACTORES	PATRIA POTESTAD	TENENCIA
Definición	Deberes y derechos que poseen los progenitores en favor de sus hijos no emancipados, conforme a su desarrollo integral.	Es el encargo judicial de cuidado que se ejerce de forma conjunta o particular sobre los hijos.
Ámbitos	Personal y patrimonial.	Cuidado y crianza.
Contexto	Atribución general.	Mecanismo de ejercer patria potestad.
Irrenunciabilidad	Los progenitores no pueden renunciar a ejercer la patria potestad.	Los progenitores pueden renunciar y favorecer a otro a ejercer la tenencia.

Situación de Separación y Divorcio	El divorcio o separación de los padres no pone fin a la patria potestad.	La separación o divorcio puede alterar el encargo judicial de los hijos.
Exclusividad	La patria potestad es exclusiva de los progenitores, en vista de que la misma nace, del vínculo parento-filial.	La tenencia es exclusiva de los progenitores; salvo situaciones de vulneración de derechos en los que se disponga medidas de protección.
Regla para concederla.	Interés superior del niño.	Interés superior del niño.

Fuente: (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

2.2.3. UNIDAD III.

LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N° 28-15-IN/21, Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.

2.2.3.1. Análisis jurídico de la sentencia N° 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana.

➤ Competencia.

Como primer punto, es importante establecer que una de las facultades de la Corte Constitucional ecuatoriana, según el artículo 436 de la carta magna, es: “conocer y solucionar acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); teniendo en cuenta que los mismos, pueden ser reclamados por el fondo o la forma en la que fueron promulgados, comprendiendo que el fondo se refiere a la relación que debe existir entre una norma y la constitución, y la forma al procedimiento de su promulgación.

En el presente caso, se trata de una acción de inconstitucionalidad por el fondo, que la corte asume, amparada en el control de constitucionalidad abstracto, que no es más que la atribución de resolver las oposiciones marcadas que existen entre una norma infraconstitucional y la norma suprema, que es la Constitución, produciendo efectos vinculantes para todos los ciudadanos (Castro-Montero y Proaño Durán, 2018), en este sentido, este tipo de control, se basa en el contenido que ha de revisarse, que al ser abstracto recae sobre una norma específica.

➤ **Fundamentos de las partes.**

En el año 2015, se presenta por medio de cuatro accionantes una acción pública de inconstitucionalidad, en contra del artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, cuyo contenido promulgaba, como regla para otorgar la tenencia, la preferencia materna; con este antecedente, la corte constitucional bajo los parámetros anotados anteriormente, asume su competencia para resolver el caso, estableciendo como norma impugnada el artículo 106, números 2 y 4 del CONA, que mencionaba:

Art. 106. Reglas para confiar la patria potestad:

2.- Cuando no exista acuerdo entre los progenitores o si lo acordado es inconveniente para el interés superior del menor, la patria potestad de los que no han cumplido doce años **se confiará a la madre**, salvo que se pruebe que esto perjudica los derechos de los niños.

4.- Si los dos progenitores demuestran iguales condiciones, **se preferirá a la madre**, siempre que no afecta el interés superior de los menores. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017). *Las negritas me pertenecen.*

Como fundamentos y argumentos, de quienes formaron parte de la sentencia, se encontraban dos ideas muy marcadas y contrapuestas, por una parte, hay quienes reclamaban que la norma impugnada contravenía los derechos de la igualdad, corresponsabilidad parental y el interés superior de los menores; y, por otro lado, estaban quienes asumían que la norma estaba establecida de esa manera, para evitar la violencia de género contra las mujeres.

➤ **Análisis constitucional de los problemas jurídicos.**

La corte, para resolver el presente asunto de inconstitucionalidad, señala la existencia de dos problemas jurídicos, el uno que está enfrascado en determinar si la norma es contraria o no al derecho de igualdad y al interés superior de los menores, es así que para establecer esto, la corte realiza una argumentación de carácter jurídico, que parte desde la premisa de si la norma impugnada tiene un enfoque discriminatorio o no, para esto se utilizan como base, tres elementos, que son: la comparabilidad de los sujetos, que en este caso se comprueba, puesto que se realiza una diferenciación entre hombres y mujeres para otorgar la tenencia; la existencia de un trato diferenciado, que es evidente, al configurarse una preferencia a la mujer en la tenencia; y como tercer elemento, la comprobación de si la diferencia es justa o discriminatoria.

A partir del tercer elemento, la corte hace mención a un tipo de razonamiento para establecer si una norma cumple con el principio de igualdad y no discriminación, que se trata de los escrutinios, que se realizan en base a la intensidad de las diferencias que existen; es por ello, que los mismos se sustentan en categorías protegidas, que han sido expuestas en el artículo 11 de la constitución, para evitar que existan vulneraciones de derechos.

Estas categorías, que mencionan las distintas características por las que una persona puede ser discriminada, no demuestran tener el mismo nivel de preocupación que otras, es así que unas son protegidas y otras sospechosas; en el presente caso, al hacer énfasis en una diferenciación a la mujer, como una persona automáticamente idónea, por su esencia, para obtener la tenencia, la categoría que se estudia es sexo-mujer, cualidad que por años ha sido históricamente relegada y discriminada, por lo que adopta la calidad de una categoría sospechosa.

En base a ello, se adopta un nivel de escrutinio, que, por temas de argumentación, son: “bajo, cuando no se cumpla con la igualdad formal; medio, cuando existan diferencias a partir de categorías protegidas y estricto, cuando las diferencias sean en base a categorías sospechosas” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021); en el caso concreto, se trata de un escrutinio de carácter estricto, que como primer elemento fundamental se debe analizar, si la distinción que se realiza, es constitucionalmente imperiosa u obligatoria.

Es en este sentido, a criterio de la corte, el fin constitucionalmente imperioso en el que debe basarse la norma impugnada, es el interés superior de los menores, debido a que esta garantía debe ser la base de la tenencia, sin embargo, al analizar la norma, el tribunal establece que la preferencia materna, se ha configurado en virtud de las cualidades esencialistas de las mujeres, y no para primar derechos de los menores, por lo que se presume inconstitucional, al no pasar el primer filtro de escrutinio estricto.

Ahora bien, el punto anterior es importante, para establecer que la norma es contraria a la constitución, sin embargo, es preciso centrarse en el aspecto significativo que tiene la tenencia a la hora de otorgarse a una persona, que es el interés superior de los menores, principio, que la norma del artículo 106 del CONA ha transgredido, debido a que se establecía una visión basada en los intereses de los adultos, más no en el de los niños, cuyos derechos deben primar sobre otros.

El segundo problema jurídico que se ha determinado por la corte constitucional, es la incompatibilidad de la norma con la corresponsabilidad parental, que es entendida como el derecho de actuación equitativa que tienen los padres sobre sus hijos, buscando siempre la primacía de derechos de los niños; es por todo ello, que se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

➤ **Declaración.**

Según el artículo 76, numeral 6 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, se establece como uno de los principios básicos del control abstracto de constitucionalidad que: “se debe recurrir a la declaratoria de inconstitucionalidad como última ratio, en razón de que no exista otra posibilidad interpretativa de que la norma se adecúe al precepto constitucional” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009), en efecto, al ser la norma contraria a los intereses y derechos de los menores, y no perseguir un fin constitucionalmente imperioso, la corte expulsa del

ordenamiento jurídico los numerales 2 y 4 del artículo 106, que se basan en la preferencia materna.

2.2.3.2. Estudio jurídico de los derechos vulnerados a los progenitores constante en la sentencia N° 28-15-IN/21.

Dentro de la presente sentencia, se han evidenciado algunos derechos que se encontraban vulnerados a los progenitores, por la configuración de una norma que regulaba la obtención de la tenencia en base al sexo o género de las personas, lo cual no es la regla de esta figura jurídica, sin embargo, es importante analizar también los derechos constitucionales de los ascendientes, que deben ser respetados y ejecutados en los asuntos judiciales de familia.

➤ Derecho a la igualdad y no discriminación.

Dentro de la Constitución de la República de Ecuador, en su artículo 66, que estipula los derechos de libertad, que obligatoriamente deben ser cumplidos y garantizados a todos los ciudadanos, se establece en el numeral 4: “el derecho a la igualdad formal, material y prohibición de actos discriminatorios” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); en este sentido, al ser un derecho constitucional, el mismo, debe estar relacionado con todas las actuaciones legales y judiciales en el Ecuador.

En el caso sub examine, se evidencia que ha existido una transgresión al derecho a la igualdad, tanto para el padre, como para la madre, debido a que según la corte, al realizar la evaluación constitucional, se evidencia que la norma en discusión, violentaba la igualdad formal que merece el padre, al tener una carga procesal de prueba mucho más grande que las madres, para ser responsable del cuidado de los menores; en el mismo sentido, las mujeres, automáticamente eran consideradas idóneas para el cargo, por el simple hecho de serlo, en base a los estereotipos de género (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

Es por ello, que, al ser una regla, la preferencia materna, estaba institucionalizada para crear una serie de diferenciaciones de roles del hombre y la mujer, y no buscar el fin significativo de la familia, que es el interés superior del menor; para evitar que existan vulneraciones del derecho de igualdad entre hombres y mujeres, la legislación necesita instaurar normas con trato igualitario y no con concepciones ideológicas, que solo creen conflictos.

En lo que tiene que ver con la discriminación, en el caso María Eugenia Sierra vs Guatemala, se estipuló algo muy importante: “establecer conceptos jurídicos basados en estereotipos de género, evidencian notablemente una discriminación de hecho, que tiene un efecto consecuente en la realización de una familia” (María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, 2001); esto, al ser jurisprudencia vinculante, fue tomado en cuenta también por la Corte Constitucional ecuatoriana, para emitir el dictamen, de que la preferencia materna, estaba siendo discriminatoria.

➤ **Derecho a la corresponsabilidad parental.**

Uno de los derechos a los que tienen acceso los integrantes de una familia, según la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 69, numeral 5, es: “la corresponsabilidad materna y paterna” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), por lo que el estado debe garantizar y promover que los progenitores cumplan con su papel en igualdad de condiciones, en la toma de decisiones que contemplan a sus hijos, sin importar si se encuentran separados o divorciados.

Al estar en vigencia una norma, que prefería a la mujer al cuidado y crianza de los hijos, se vulneraba el principio de corresponsabilidad, puesto que se estaba promoviendo una ideología de género, en la que los padres no podían ser partícipes del desarrollo integral de sus hijos, por el hecho de ser varones, lo que dificultaba en gran magnitud el mantenimiento de relaciones parento filiales.

Tal y como lo suscribe Marcela Acuña San Martín, “el propósito del principio de corresponsabilidad parental, no es satisfacer los deseos y provechos de los padres, sino proteger los derechos de menores” (Acuña, 2013, p. 35); es en este sentido, que este derecho, está ligado a promover el interés superior del menor, que es la base del estudio que realiza la corte constitucional sobre la tenencia de los hijos.

➤ **Derecho a ser partícipe de las actividades más básicas de los hijos.**

De acuerdo a la carta magna, en su artículo 69, numeral 1, se establece que: “se debe promover la maternidad y paternidad responsables, a través de la crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de los hijos, más aún, cuando exista separación o divorcio” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); es en este sentido, que la presente sentencia promueve de distintas maneras, el que los progenitores de manera conjunta ejerzan su rol de jefes de familia, sin tomar en cuenta su género, es por ello, que la norma disputada, vulneraba su derecho a que sean partícipes equitativamente de la vida de sus hijos, al privar a los hombres a contribuir con la crianza, educación y otras actividades propias del desarrollo integral de los niños.

Todos estos derechos, fueron de alguna manera garantizados, al emitirse la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna en el encargo judicial de los hijos, debido a las actuaciones que por costumbre y estereotipos manejaban un sistema legal y judicial preferente; con ello, queda sentado que las actividades que se ejerzan en favor de los menores no deben estar condicionadas por el sexo o género de los padres.

2.2.3.3. Análisis de los derechos de los menores considerados por la Corte Constitucional ecuatoriana.

Dentro de la sentencia de inconstitucionalidad de la preferencia materna, el análisis más relevante, se realiza en torno a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es por ello, que, aunque la corte constitucional le dedica pocos párrafos para estudiar los antecedentes sobre el desarrollo de los derechos de los menores, en su resolución,

hace énfasis a que la regla general de la tenencia debe ser la garantía de hacer efectivos los derechos de los infantes, por lo que es importante, estudiar algunos de ellos.

➤ **Derecho a que se garantice el principio del interés superior del niño.**

El principio del interés superior del niño, es una garantía que permite que los menores, sean tomados en cuenta de manera prioritaria en la toma de decisiones que los involucren; para declarar la inconstitucionalidad de la norma, que privilegiaba a las madres como las únicas aptas para la tenencia, no se estaba acatando lo que ha suscrito el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N°14, que expone:

En las decisiones relacionadas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que las legislaciones concedan el encargo judicial de manera automática a uno de los ascendientes o a los dos. Al valorar el interés superior del menor, los juzgadores deben obligatoriamente tener en cuenta el derecho del niño a mantener sus relaciones parento y maternos filiales. (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Esto, obliga a que en cada uno de los procesos judiciales de familia, en los que estén inmersos los niños y adolescentes, se deba tomar en cuenta lo que es más favorable para ellos, buscando siempre su desarrollo integral y la garantía de hacer efectivos sus derechos, es en este punto, que la corte constitucional, basa su resolución en el interés superior del menor, puesto que con ello, se identifica que este principio no debe ser visto o catalogado como un condicionamiento sino más bien como regla de obligatorio cumplimiento.

Algo, que es importante de rescatar, es que en la mayoría de los argumentos de la corte, se hace alusión a una ideología de género, cuando la base significativa, son los derechos de los menores, tal y como lo menciona el catedrático Ramiro Ávila Santamaría, en su voto concurrente, señalando que: “la perspectiva para resolver los conflictos sobre la tenencia, no es a partir de discursos o visiones adultocéntricas, sino desde los derechos de los niños” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021), siguiendo esta línea, lo que se debe velar en la tenencia, es que no se afecte los intereses de los más pequeños.

Uno de los criterios por los cuales se mantenía la medida preferente, era por una cuestión de celeridad procesal, lo que contravenía en palabras de los jueces, el interés superior del menor (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021); es por ello, que el tribunal concibe la idea de que la norma no se ajusta al principio constitucional de primacía de los derechos de los niños, y la declara inconstitucional, estipulando con ello, que todos los administradores de justicia deben motivar sus resoluciones, amparados en cumplir fielmente este principio.

➤ **Derecho a emitir opiniones y ser escuchado.**

Uno de los factores, para que se cumpla con el principio de interés superior del niño, es que los menores sean escuchados, y puedan emitir libremente sus opiniones, de manera que esto demuestre, qué es lo más conveniente para ellos; según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, se establece que: “los

administradores de justicia están en la obligación de evaluar las condiciones de los niños, para que ellos puedan emitir un criterio, en los casos en los que se involucren sus derechos” (Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012, párr. 199).

Este derecho, ha sido debidamente analizado dentro de la sentencia en cuestión, en vista a que en los casos de tenencia o guarda de los hijos, es necesario, que los niños emitan un pronunciamiento sobre la relación afectiva que tienen con uno de los padres, lo que facilitaría de alguna manera tomar una decisión acertada, al momento de confiar su cuidado a uno de los progenitores, para que no existan desequilibrios emocionales fuertes; esta facultad está presente dentro de la Observación General No. 12, emitida por el Comité de los derechos del Niño, que principalmente manifiesta: “los juzgadores en los casos de separación de hecho o de derecho, alimentos, tenencia, deben incluir el derecho del niño a ser escuchado” (Comité de los derechos del niño, 2009).

En este sentido, en el Ecuador, al ser un estado constitucional de derechos, se prima el derecho de los niños, por lo que se deben seguir los debidos parámetros para hacer efectivos los mismos, tal y como lo indica la Observación General No. 12, que establece que:

Se deben seguir cinco medidas para hacer efectivo el derecho a ser escuchado de los niños, como: preparación, informar al niño sobre su derecho a emitir su opinión; audiencia, que expone el contexto en el que debe llevarse a cabo la conversación o charla con el menor; evaluación, valorar la capacidad del menor; información sobre los resultados, lo que involucra, que sea ente activo del caso; quejas, recursos, para tener la posibilidad de emitir denuncias o reclamos (Comité de los derechos del niño, 2009).

Estas medidas permiten que los niños sin distinción de edad puedan ser escuchados, y que sean priorizados en un proceso judicial, manteniendo siempre un contexto de confianza, que permita que los mismos, no se sientan presionados o alineados a un progenitor por miedo o amenazas; los administradores de justicia deben basar los procesos judiciales de familia, en el bienestar del menor.

Este derecho, se encuentra establecido dentro del código de la niñez y adolescencia, en la sección de los derechos de participación, en el artículo 60, que declara: “los menores poseen el derecho de ser escuchados y consultados en todos los asuntos que los afecten, de acuerdo a su capacidad” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2017), esto, no se estaba haciendo efectivo, al otorgar la tenencia preferentemente a la madre, sin evaluar la situación, circunstancias y la opinión de los menores, quienes muchas veces podían tener más afinidad con su otro progenitor.

Es preciso, contextualizar que dentro del artículo 106 del CONA, se establecía que la edad, para que un niño sea escuchado obligatoriamente, era a partir de los 12 años, sin embargo, se estaba relegando a los niños que tenían menor edad, lo que vulneraba este derecho, es por ello, que la corte manifiesta, que si es dificultoso que un niño sea escuchado

por el juzgador, su opinión debe ser emitida a través de especialistas que forman parte de los equipos técnicos.

➤ **Derecho a la conservación del entorno familiar.**

La familia es una de las instituciones jurídicas más respetadas y protegidas en la Constitución de la República ecuatoriana, es por ello, que los niños, al ser una población prioritaria, tienen el derecho a conservar sus lazos familiares, manteniendo así sus relaciones materno y paterno filiales, tal y como lo menciona el artículo 44 de la CRE, “los niños tendrán derecho a desarrollarse en un entorno familiar de afectividad y seguridad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Esto, se asocia a lo mencionado por la Convención sobre los derechos del niño, que en su preámbulo, menciona que los menores necesitan desarrollarse en un contexto familiar armonioso, feliz y comprensible (Convención sobre los derechos del niño, 2006), esto, se contravenía con la norma de preferencia materna, en el sentido de que al elegir automáticamente a la madre como la encargada de la tenencia, muchas veces, se perdía el contacto con el padre, o el mismo, era considerado como mero visitador.

Se debe tener en cuenta que los humanos, al ser entes sociales, necesitan relacionarse, por lo que es importante tomar en cuenta, que el entorno familiar, no solo concibe la idea de que los niños conserven una relación familiar con su padre, sino también con la familia ampliada, que constituyen: abuelos, tíos, primos, etc (Comité de los Derechos del Niño, 2013); esto beneficia en gran medida a los menores, porque les permite crear lazos, tener otras perspectivas de vida y mantener un apoyo familiar más consolidado y fuerte.

➤ **Derecho a la protección legal.**

Según la Convención sobre los derechos del Niño, en su artículo 4, es obligación de los países que se emitan medidas, políticas, y normas jurídicas, que respeten y efectivicen el goce de los derechos de los niños (Convención sobre los derechos del niño, 2006), esto presupone la idea, de que los niños al ser sujetos prioritarios de derechos, deberían ser pilares fundamentales en las decisiones relativas a la familia.

La sentencia No. 28-15-IN/21, de alguna manera intenta proteger legal y judicialmente a los niños, entablando la premisa, de que las normas jurídicas en el ámbito familiar, deben estar concebidas, de tal forma que no afecten la garantía de los derechos de los niños, tal y como lo era la preferencia materna, que asumía como un criterio no significativo el derecho del menor, a la hora de otorgar su tenencia.

2.2.3.4. La incidencia de la sentencia N° 28-15-IN/21, en los derechos de los menores y la tenencia.

La sentencia analizada y su declaración de inconstitucionalidad sobre la preferencia materna, ha sido muy significativa en el ámbito judicial de familia, especialmente, para garantizar el efectivo goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; siguiendo esta

línea, es preciso entender que, al ser una resolución emitida por la corte constitucional, su incidencia es erga omnes, es decir, vinculante y de obligatorio cumplimiento para todos.

A partir de ello, se debe precisar, que el Código de la niñez y adolescencia, estaba desactualizado, al ser una norma jurídica expedida con anterioridad a la constitución, es por ello, que muchos de sus artículos y reglas vulneraban derechos y garantías constitucionales importantes, como lo son: el interés superior del niño, la igualdad y prohibición de discriminación, etc.; lo que se pretendió con esta sentencia, es hacer respetar la supremacía de la norma constitucional sobre el resto de cuerpos normativos.

En las reglas para otorgar la tenencia, se tenía una postura muy marcada de presunción de idoneidad hacia las mujeres, debido a estereotipos de género, en el que se pensaba que: “por motivos antropológicos e históricos, la madre es la más apta para cumplir con el rol de cuidado y crianza de los hijos” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 9); idea, que muchas veces puede ser cierta, pero que no estaba alineada a la idea de proteger los derechos de los menores, sino los intereses de los adultos.

La idea anteriormente mencionada, generaba una especie de conflicto legal y jurídico, en el que se desprendían, una serie de pruebas que intentaban, desacreditar a las madres, para así, un padre, poder ser apto para el cuidado de los hijos, lo que suponía, generar traumas sociales y psicológicos a los menores, quienes, en esta contienda, quedaban en segundo plano.

Es así que la declaración de inconstitucionalidad, permite comprender, que la regla en la tenencia, debe ser el interés superior del menor, y no los derechos de sus padres como individuos, esto permitirá, tal y como lo expresa la sentencia: “que al verse en iguales condiciones los progenitores, se acabará la violencia, permitiendo que los niños no crezcan como huérfanos emocionales” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 11); en este sentido, el término usado, intenta mostrar la realidad, que se tenía, cuando un hijo era alejado de su entorno paternal, por una preferencia injustificada.

Otra de las repercusiones ventajosas que tuvo esta sentencia, en los derechos de los niños, es la prevención de cosificarlos, es decir, usarlos como un instrumento para hacer daño, o perjudicar a un progenitor; esto ocurría en muchas ocasiones, puesto que la madre, al ser la idónea de forma automática para ejercer su cuidado, los alejaba de sus padres, con la intención de generar una especie de acto vengativo.

La obstrucción de vínculos parentales, debe constituir una grave violación al interés superior de los menores, y más aún, cuando es legalmente injustificada, y amparada en un círculo de venganza y conflicto amoroso, que muchas veces se da, en las separaciones o divorcios, en los que los hijos, se convierten en el mejor instrumento para hacer daño o perjudicar al otro; esto es expresado por la corte, de esta manera:

El encargo o rol de cuidado no es una herramienta de chantaje, manipulación o forma de negocio entre los ascendientes para violentar al otro. Tampoco puede ser utilizado

como una especie de maniobra para solicitar un incidente de disminución de alimentos; por el contrario, la única regla será la garantía de los derechos de los niños. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p.53).

Es por todo ello, que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna, hace incapié en que la única regla que se debe tomar en cuenta, al momento de otorgar la tenencia a un progenitor, es el interés superior del niño, quien debe desarrollarse en un ambiente armónico, con vínculos familiares consolidados; en el caso de la preferencia materna, la norma, es contraria al principio de supremacía infantil, porque no valora en cada situación, lo más apto para los niños.

Un ejemplo de ello, suele ser, cuando un padre ha sido quien durante todo el matrimonio ha estado encargado mayoritariamente, de la crianza de los hijos, y la esposa del ámbito laboral, en caso de divorcio, al ser la tenencia preferente a la mujer, los hijos pierden esa relación de continuidad con su padre, lo que va a generar en un futuro un desequilibrio emocional, que no les va a permitir desarrollarse de manera integral; consecuencia, que se busca evitar con la promulgación de la presente sentencia.

Al ser estas reglas, descartadas del ordenamiento jurídico de niñez, la corte realiza un listado de medidas, que a su criterio, se deberían manejar al momento de otorgar la tenencia a un progenitor, primando la idea de que: “bajo ninguna circunstancia, los administradores de justicia pueden justificar su decisión en el género o capacidad económica de los ascendientes, sino en el interés superior del menor” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p.58); es así que la corte establece una serie de parámetros a tomarse en cuenta:

Tabla N° 2. Parámetros para otorgar la tenencia.

PARÁMETROS PARA OTORGAR LA TENENCIA.
1. Valorar la opinión de los niños.
2. Considerar la sensibilidad y disposición de los progenitores.
3. Descartar situaciones de violencia.
4. Procurar mantener la relación de continuidad.
5. Examinar la relación afectiva con los progenitores.
6. Respetar los vínculos paterno-materno filiales.
7. Analizar la aptitud de idoneidad para ejercer la tenencia.
8. Reparación de relaciones familiares.
9. Evaluar la capacidad y las circunstancias en las que se encuentren los menores.
10. Contar con informes especializados del Equipo Técnico.
11. Motivación de la sentencia.

Fuente: (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Estos lineamientos, en palabras de la corte, no son taxativos, y van a variar y serán evaluados según sea el caso, lo que sí constituye una regla obligatoria, es el interés superior del niño; cuestión que ha sido analizada también en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, la cual, al estudiar un caso muy parecido al expuesto, manifestó que: “los estudios científicos muestran que lo más importante para un menor, es la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, con independencia de su género” (Amparo en Revisión, 2019); lo que significa que en los litigios de tenencia, lo último que debería tomarse en cuenta, es el género de los progenitores.

Por último, es preciso dejar sentado, que tal y como lo expresó Ávila Santamaría, “el rol de cuidado no es dado, se aprende” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021), los menores necesitan ser el centro de una familia, vivir en un ambiente armónico y gozar de los beneficios de tener un padre y madre disponibles, además de ello, esta sentencia, viene a marcar un precedente, que promueve que en la práctica, en un litigio judicial de familia, los progenitores litiguen en igualdad de condiciones sobre los derechos de los niños, sin necesidad de generar conflictos de género.

CAPÍTULO III.

METODOLOGÍA

3.1. Unidad de Análisis:

Dentro de la presente investigación, se establecerá un análisis a la sentencia N° 28-15-IN/21, dentro de la cual, se declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, a fin de establecer su incidencia en los derechos de los menores.

3.2. Métodos:

La investigación se llevará a cabo aplicando los siguientes métodos de investigación:

Método descriptivo: Permitirá describir y evaluar ciertas características de una situación particular de uno o más puntos del tiempo.

Método histórico- lógico: Permitirá evaluar el decurso evolutivo del objeto, materia de la investigación en un ámbito espacial local, nacional o mundial con el fin de entender su comportamiento histórico y explicará su estado actual.

Método jurídico-doctrinal: Permitirá analizar las posiciones legales sobre el tema objeto de investigación para arribar a conclusiones científicamente válida.

Método jurídico-analítico: Facilitará la correcta comprensión del alcance y sentido de las normas jurídicas sobre el tema a investigarse y su estudio en función del contexto político, económico y social y en el que se expidieron.

Método jurídico-comparativo: Permitirá estudiar las semejanzas y diferencias del objeto de la investigación en los diferentes sistemas normativos, principalmente de algunos países de América Latina.

Método deductivo: Permitirá, por medio de una estrategia de razonamiento empleada, lograr deducir conclusiones lógicas respecto de la investigación planteada.

3.3. Enfoque de la Investigación:

Enfoque Cualitativo. – El enfoque que se utilizará en la presente investigación será el cualitativo, debido a que es el enfoque más apto y acorde para realizar investigaciones en el campo de las ciencias sociales; este enfoque tiene su base, en el estudio de situaciones o problemas jurídicos concretos (Nizama Valladolid y Nizama Chávez, 2020). Este enfoque permitirá tener una perspectiva interpretativa del caso que se analiza en el presente proyecto de investigación.

3.4. Tipo de la investigación.

Por los objetivos que se procura alcanzar, la presente investigación se caracteriza por ser documental, bibliográfica, descriptiva y básica.

Documental - bibliográfica. - La investigación se realizará con el apoyo de fuentes bibliográficas en base a consultas de: libros, códigos y textos jurídicos relacionados con el problema de investigación que es las reglas para la tenencia o patria potestad, los derechos de los menores y la sentencia N° 28-15-IN/21.

Descriptiva. - La investigación es de naturaleza descriptiva, será estudiada a partir de diferentes tipos de documentos, normas del ordenamiento jurídico e investigaciones que se han desarrollado en el Ecuador acerca de los derechos de los menores, la tenencia o patria potestad y la sentencia N° 28-15-IN/21.

3.5. Diseño de la Investigación.

Por la naturaleza, características y complejidad de la problemática la investigación será de diseño no experimental, en el proceso de investigación no existirá la manipulación intencional de las variables; y, se observará el problema tal como se da en su contexto.

3.6. Población y muestra

Para la presente investigación no se requerirá población, ya que su estudio será netamente cualitativo, es decir, mediante el análisis de la sentencia N° 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional.

3.7. Técnicas e instrumentos de investigación.

Para la recopilación de información se utilizará la siguiente técnica e instrumento de investigación:

3.7.1. Técnicas de investigación.

La técnica de investigación que se empleará será el fichaje, a fin de archivar la información.

3.7.2. Instrumentos de investigación.

El instrumento de investigación será la ficha bibliográfica.

3.8. Técnicas para el tratamiento de la información.

Para el tratamiento de la información se utilizará la ficha bibliográfica antes referida, la cual permitirá establecer los puntos más importantes de la investigación.

3.9. Recursos

3.9.1. Recursos Humanos

- Aimée Patricia Torres Rubio (Investigadora)
- Dr. Hugo Roberto Miranda Astudillo (Tutor)

3.9.2. Recursos materiales y tecnológicos

- Libros.
- Material de escritorio.
- Impresiones.
- Copias.
- Empastados.
- Transporte.
- Computadora.
- USB.
- Impresora.
- Internet.

4. Hipótesis.

La aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 tutela los derechos de los menores.

CAPÍTULO IV.

RESULTADOS Y DISCUSIONES.

RESULTADOS.

- a) El caso *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, expone el tema de las normas jurídicas que asignan roles definidos a los progenitores, y establece que la prohibición o exclusión de los padres en el cuidado y crianza de los hijos, les despoja a estos, de poseer una atención esmerada y responsable de ambos progenitores (*María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, 2001); lo que dificulta en múltiples ocasiones el desarrollo integral de los hijos; en este informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se analizan varios artículos del Código Civil guatemalteco, que señalaban distinciones en las actuaciones de los hombres y mujeres dentro del matrimonio.
- b) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, en el amparo de revisión N° 331/2019, establece de manera acertada que “en los temas de tenencia, no se puede establecer como regla, la presunción de idoneidad hacia las madres, puesto que, tanto como mujeres y hombres se encuentran en las mismas condiciones para el encargo de sus hijos” (*Amparo en Revisión*, 2019); en este sentido, se establece, que la única finalidad que debe perseguir, esta figura jurídica es hacer efectivo el principio de interés superior del niño.
- c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, analiza una controversia judicial de tenencia, en el que se privaba a un progenitor del cuidado de sus hijos por su orientación sexual; es por ello, que una de sus consideraciones más importantes, se fundan en el interés superior del niño, determinándose que: en los casos de tenencia o custodia de los hijos, se debe propender a garantizar el principio de interés superior de los menores, analizando caso por caso, las circunstancias de la vida familiar del menor, sin tomar en cuenta, presunciones basadas en estereotipos de género (*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012).
- d) En la Observación General N° 12, emitida por el Comité de derechos del niño, se dispone que en todos los casos judiciales de familia, se debe garantizar el derecho de los menores a ser escuchados y emitir sus opiniones (*Comité de los derechos del niño*, 2009); debido a que, este derecho es uno de los elementos trascendentales del interés superior del niño.
- e) En la Observación General N° 14, promulgada por el Comité de los derechos del niño, se expone de manera minuciosa el principio de interés superior del niño, como principio fundamental y primordial, dentro de las actuaciones judiciales, es por ello, que el Comité precisa que: “es contrario al principio de interés superior, que las leyes concedan la tenencia de manera automática a uno de los progenitores” (*Comité de los Derechos del Niño*, 2013).

- f) Marcela Acuña, en un artículo de revista, sobre el principio de corresponsabilidad parental, realiza una aseveración respecto a que: “el criterio para determinar la idoneidad y capacidad en la tenencia, debe ser el principio de interés superior del menor, y no los derechos de los progenitores” (Acuña, 2013, p. 36).
- g) La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 28-15-IN/21, concluye de manera enfática que: “el encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un solo criterio, como lo es, el sexo de los progenitores, menos aún cuando es en detrimento de los derechos de los menores y su interés superior” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021); además de ello, Ramiro Ávila Santamaría expone, que el derecho a ser cuidado, le pertenece a los hijos, y es por ello, que las decisiones sobre este tema, deben ser analizadas, a partir del bienestar de los niños.

DISCUSIONES.

- a) De la sentencia que se emitió en el caso *María Eugenia Morales Sierra vs. Guatemala*, se puede destacar que la misma, refuerza la idea de la Corte Constitucional ecuatoriana, al considerar que las reglas que establecían la preferencia materna al momento de otorgar la tenencia, estaban sujetas a estereotipos de género, vulnerando los derechos de los niños, y la progresividad de las leyes, al no adecuarse a la realidad y al contexto social.
- b) Se demuestra también, que, en el sistema judicial mexicano, en años anteriores, ya se había refutado la concepción mal utilizada, de la presunción de idoneidad, que muchas de las veces vulneraban el derecho de los niños a mantener un vínculo con su figura paterna, bajo reglas estereotipadas, es por ello, que una de las resoluciones de las cortes mexicanas, sirvió de sustento, para declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna. El análisis realizado por la Corte Constitucional ecuatoriana, toma en cuenta los preceptos desarrollados por la Corte mexicana, en relación a la capacidad igualitaria que tienen los padres respecto de sus hijos y que sea en los tribunales, en donde se desvirtúe su aptitud de cuidado, en base a sus cualidades y no en su género.
- c) Otro soporte jurisprudencial, con el que contó la Corte Constitucional ecuatoriana, es el caso de *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelve que la tenencia o custodia de los hijos no debe tener como regla o condición el sexo de los progenitores, razonamiento que es replicado en la sentencia analizada en el presente proyecto, al determinar que, se deben evaluar caso por caso las situaciones de los hijos, cuando exista un divorcio o separación.
- d) La Observación General N° 12 del Comité de derechos del niño, es un sustento para analizar el derecho de los menores a ser escuchados y emitir sus criterios en relación a quien puede suplir de mejor manera sus necesidades primordiales, lo que sirvió de base a la corte constitucional, para hacer efectivo la aplicación del principio del interés superior de los niños, en todos los asuntos judiciales, que los involucren.
- e) Bajo el análisis de la Observación General N° 14, emitida por el Comité de los derechos del niño, se evidencia, que el otorgamiento preferencial de la tenencia a uno de los ascendientes, es perjudicial para el interés superior de los niños, situación por la cual la corte constitucional sugirió la necesidad de una reforma al código de la niñez y adolescencia.
- f) Otra de las fuentes bibliográficas que han servido de sustento en la presente investigación, es el artículo emitido por Marcela Acuña, quien hace una reflexión referente a que el criterio rector, dentro de los procesos judiciales de familia, debe ser el principio de interés superior del niño; de acuerdo a ello, la corte constitucional, establece que este principio no debe ser una condición sino una regla de aplicación general a todos los procesos, en los que se involucren derechos de menores.

- g) Existe una reflexión muy acertada, realizada por Ramiro Ávila Santamaría, en su voto concurrente, que sostiene la idea, de que el tema de la tenencia, no gira alrededor de los intereses de los padres y madres de familia, por lo que, todo análisis en torno a esta institución jurídica, debe estar direccionada a garantizar los derechos de los menores y el principio de interés superior de los niños; por lo cual, la presente sentencia, busca dejar de lado el enfoque de los problemas de los adultos, y centrarse en el aporte positivo de ellos, en el desarrollo del bienestar de los niños.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.

- En relación con lo antes expuesto, se puede establecer que, tanto en la normativa ecuatoriana como en la internacional, existe un principio rector en todos los procesos judiciales de familia, que es el de la supremacía del interés superior del niño, cuya aplicación y garantía debe ser de carácter obligatorio, puesto que los menores pertenecen legalmente a un grupo que merece atención prioritaria, ostentando derechos que deben ser respetados por encima de otros.
- Como consecuencia de lo expuesto, se ha podido determinar que la legislación ecuatoriana, en referencia a la figura jurídica de la tenencia de los menores, mantenía reglas inconstitucionales, que evidenciaban notablemente una preferencia materna, direccionada a un intento de igualdad de género, sin un análisis minucioso y previo sobre el principio del interés superior del niño, y los derechos de los menores, privándoles de una convivencia familiar armónica.
- En virtud de lo estudiado, se puede concluir, que la sentencia No. 28-15-IN/21, emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, resuelve que la tenencia, y todos aquellos procesos judiciales en el ámbito familiar, deben tomar en cuenta el principio de interés superior de los niños, y analizar caso por caso su situación; en este sentido, la tenencia, debe buscar satisfacer los intereses de los menores, más no, el de los progenitores.

RECOMENDACIONES.

- Es importante que los estados, promulguen ordenamientos jurídicos, que respeten y garanticen la aplicación del principio constitucional del interés superior del niño, con la finalidad de evitar que se menoscaben sus derechos; las normas deben estar guiadas a proteger a los más vulnerables, partiendo de un enfoque igualitario y benéfico.
- Se debe propender a que el sistema judicial, estructure de manera eficiente los equipos técnicos multidisciplinarios, para que estén capacitados para manejar el análisis de la situación de los menores, en los casos judiciales que los involucren, especialmente en el otorgamiento de la tenencia, encargo que va a permitir su idóneo desarrollo integral.
- Finalmente, es trascendental, que la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana, sea promulgada y analizada en las Unidades Judiciales de Familia, con un enfoque garantista de derechos de menores, más no con un enfoque de igualdad de género, puesto que lo que se debe promover en los casos judiciales de familia, es el bienestar del menor, más no del adulto.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín, M. (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho*, 20(2), 21-59. <https://doi.org//dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>.
- Amparo en Revisión , 331/2019 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 21 de Noviembre de 2019).
- Aráuz, N. (2016). *La tenencia y patria potestad del menor de edad que no ha cumplido doce años y la debida aplicación al artículo 106, numeral dos del Código de la Niñez y la Adolescencia de la Legislación Ecuatoriana en el período 2015, del Distrito Metropolitano de Quito*. [Tesis de grado, Universidad Central del Ecuador]. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6571/1/T-UCE-0013-Ab-252.pdf>
- Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Castro-Montero, J. L., & Proaño Durán, M. (2018). Argumentación como determinante de las decisiones judiciales:evidencia empírica del control abstracto de constitucionalidad en Ecuador. *Revista Derecho del Estado*(41), 37-65. <https://doi.org/https://doi.org/10.18601/01229893.n41.02>.
- Código Civil. (2019). Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2017). Quito: Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003.
- Comité de los derechos del niño. (2009). *Observación General N° 12*. <https://doi.org/CRC/C/GC/12>
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. <https://doi.org/CRC/C/GC/14>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Convención sobre los derechos del niño. (2006). Nuevo Siglo.
- Ferre, P. (2018). *La pérdida de la Patria Potestad por Abandono Injustificado y su relación con el principio de corresponsabilidad parental [Exámen Complexivo, Universidad Técnica de Machala]*. Machala. http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/12466/1/E-7464_FERRE%20CAPU%C3%91AY%20PABLO%20JENNER%20%281%29.pdf
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009.
- María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, Caso N° 11.625 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 19 de Enero de 2001).
- Mejía, I. (2017). *La tenencia compartida como un derecho a un buen vivir de los menores en la legislación ecuatoriana [Tesis de grado, Universidad Central del Ecuador]*. Quito. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/12880/1/T-UCE-0013-Ab-145.pdf>

- Nizama Valladolid, M., & Nizama Chávez, L. M. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox Juris*, 38(2), 69-90. <https://doi.org/https://doi.org/10.24265/voxjuris.2020.v38n2.05>
- Noriega, L. (2021). *El régimen jurídico de la provación de la patria potestad*. España: Editorial Arazandi, S.A.U. <https://doi.org/978-84-1391-595-1>
- Obrador, R. (2017). *Análisis Comparado Legislación de Infancia en países miembros de la OEA*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Ortega, R. A. (2015). *Los Derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://doi.org/978-607-8211-15-9>
- Peralta, S. (2019). *Análisis de la tenencia compartida a la luz de los enfoques interdisciplinarios en el proyecto de reforma de ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [Tesis de Grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]*. Repositorio de Tesis de Grado y Posgrado, Quito. <http://repositorio.puce.edu.ec:80/handle/22000/18453>
- Pérez, N. (2017). *Custodia Compartida: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en la Legislación ecuatoriana [Tesis de grado, Universidad Central del Ecuador]*. Quito. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/12880/1/T-UCE-0013-Ab-145.pdf>
- Rodriguez Salcedo, E., Cáceres Sánchez, N., Agudo Durán, J., Mesías Vinana, J., & Villafuerte Maisa, A. (2022). Patria Potestad y Corresponsabilidad Parental: Un acercamiento a la Tenencia Compartida en el Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 14(S1), 202-209. <https://doi.org/2218-3620>
- Sentencia No. 28-15-IN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Noviembre de 2021).
- Sünker, H., & Moran-Ellis, J. (2018). Nuevos estudios de infancia, política de infancia y derechos de los niños y niñas. *Sociedad e Infancias*(2), 171-188. <https://doi.org/2531-0720>
- UNICEF. (2014). *10 Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes*. Quemacoco.

ANEXOS.

Tabla N° 3. Ficha bibliográfica 1.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 1	
TÍTULO	Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala
TRIBUNAL	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
NÚMERO DE CASO	CASO 11.625
FECHA	19 de enero de 2001
TEMA	Reformas al Código Civil guatemalteco.

Fuente: (María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, 2001)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Tabla N° 4. Ficha bibliográfica 2.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 2	
TÍTULO	Amparo en Revisión 331/229
TRIBUNAL	Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación de México
NÚMERO DE CASO	331/229
FECHA	21 de noviembre de 2019
TEMA	Presunción de idoneidad.

Fuente: (Amparo en Revisión , 2019)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Tabla N° 5. Ficha bibliográfica 3.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 3	
TÍTULO	Atala Riffo y niñas vs. Chile
TRIBUNAL	Corte Interamericana de Derechos Humanos
FECHA	24 de febrero de 2012
TEMA	Trato discriminatorio al otorgar la tenencia a un progenitor, por cuestiones de orientación sexual.

Fuente: (Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Tabla N° 6. Ficha bibliográfica 4.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 4	
AUTOR	Comité de los derechos del niño
TÍTULO	Observación General N°12
AÑO	2009
EDITORIAL	Convención sobre los derechos del niño
CIUDAD	Ginebra

Fuente: (Comité de los derechos del niño, 2009)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Tabla N° 7. Ficha bibliográfica 5.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 5	
AUTOR	Comité de los derechos del niño
TÍTULO	Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
AÑO	2013
EDITORIAL	Convención sobre los derechos del niño
CIUDAD	Ginebra

Fuente: (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Tabla N° 8. Ficha bibliográfica 6.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 6	
AUTOR	Marcela Acuña San Martín
TÍTULO	El principio de corresponsabilidad parental
NOMBRE DE LA REVISTA	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
AÑO	2013
PÁGINAS	pp. 21-59

Fuente: (Acuña San Martín, 2013)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.

Tabla N° 9. Ficha bibliográfica 7.

FICHA BIBLIOGRÁFICA # 7	
TÍTULO	Sentencia No. 28-15-IN/21
TRIBUNAL	Corte Constitucional del Ecuador
NÚMERO DE CASO	28-15-IN
FECHA	24 de noviembre de 2021
TEMA	Acción de inconstitucionalidad de la preferencia materna al otorgar la tenencia de los menores.

Fuente: (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021)

Realizado por: Aimée Patricia Torres Rubio.