



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TITULO DE ENSAYO

**VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN AUSENCIA DE LOS PROGENITORES: ANÁLISIS
SENTENCIA NO. 28-15- IN/21**

AUTOR

NELLY YOLANDA CAMPOVERDE DE LA A

TRABAJO DE TITULACIÓN

**Previo a la obtención del grado académico en
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TUTOR

Dra. Isabel Gallegos Robalino, Mgt.

Santa Elena, Ecuador

Año 2022



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TRIBUNAL DE GRADO

**Q.F. Calero Mendoza Rolando, PhD.
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE
POSTGRADO**

**Lic. Paola Cortez Clavijo, MSc.
COORDINADORA DEL
PROGRAMA**

**Abg. Coronel Ortiz Víctor, MSc.
ESPECIALISTA**



Firmado electrónicamente por:
**ISABEL PATRICIA
GALLEGOS
ROBALINO**

**Dra. Isabel Gallegos Robalino Mgt.
TUTOR**

**Abg. Coronel Ortiz Víctor, MSc.
SECRETARIO GENERAL
UPSE**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN

Certifico que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por Nelly Yolanda Campoverde De La A, como requerimiento para la obtención del título de Magister en Derecho mención derecho constitucional.

TUTOR



Firmado electrónicamente por:
**ISABEL PATRICIA
GALLEGOS
ROBALINO**

Dra. Isabel Gallegos Robalino, Mgt.

Santa Elena, a los 25 días del mes de junio de año 2022



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, NELLY YOLANDA CAMPOVERDE DE LA A

DECLARO QUE:

El trabajo de Titulación, Vulnerabilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en ausencia de los progenitores: Análisis Sentencia No. 28-15- In/21, previo a la obtención del título en Magister en Derecho mención derecho constitucional, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Santa Elena, a los 25 días del mes de junio de año 2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Campoverde", is written over a horizontal line.

Nelly Yolanda Campoverde De La A



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

AUTORIZACIÓN

Yo, NELLY YOLANDA CAMPOVERDE DE LA A

Autorizo a la Universidad Estatal Península de Santa Elena a la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, Vulnerabilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en ausencia de los progenitores: Análisis Sentencia No. 28-15- In/21, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Santa Elena, a los 26 días del mes de junio de año 2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Campoverde", is written over a horizontal line.

Nelly Yolanda Campoverde De La A



UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA DE SANTA ELENA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD INSTITUTO DE POSTGRADO

CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO

Certifico que después de revisar el documento final del trabajo de titulación denominado VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN AUSENCIA DE LOS PROGENITORES: ANÁLISIS SENTENCIA NO. 28-15- IN/21, presentado por el estudiante, Nelly Yolanda Campoverde De La A, fue enviado al Sistema Antiplagio URKUND, presentando un porcentaje de similitud correspondiente al XX%, por lo que se aprueba el trabajo para que continúe con el proceso de titulación.



Document Information

Analyzed document	ENSAYO FINAL YOLANDA CAMPOVERDE.docx (D139709780)
Submitted	2022-06-08T20:07:00.0000000
Submitted by	
Submitter email	ab_yolicampoverde@hotmail.com
Similarity	8%
Analysis address	igallegos.upse@analysis.urkund.com

Sources included in the report

TUTOR



Firmado electrónicamente por:
**ISABEL PATRICIA
GALLEGOS
ROBALINO**

Dra. Isabel Gallegos Robalino, Mgt.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por bendecirme y guiarme a lo largo de mi existencia, por ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos difíciles de mi vida, y por darme las fuerzas para continuar en este proceso de superación académica.

Quiero agradecer a mi querida Universidad Estatal Península de Santa Elena, por haberme dado la oportunidad de continuar en sus aulas, gracias a cada uno de los maestros que compartieron sus valiosos conocimientos, por su paciencia, dedicación y apoyo incondicional.

Finalmente quiero expresar mi más grande agradecimiento a mi querido y amado Dr. Xavier Júpiter Coronel, quien fue el principal colaborador durante todos estos meses de estudios, ya que con su experiencia y conocimientos de manera incondicional permitió el desarrollo de este ensayo.

Yolanda Campoverde De la A

DEDICATORIA

Dedico todo este tiempo de estudios a mi madre señora Genoveva de la A, sé que en cualquier lugar que se encuentre se sentirá orgullosa de mi logro académico, a mis hijos Luis, Andrés y Diego, que a pesar del tiempo y las circunstancias y venciendo cualquier obstáculo se puede lograr lo que uno se propone.

Yolanda Campoverde De la A

ÍNDICE GENERAL

TITULO DE ENSAYO	i
CERTIFICACIÓN.....	III
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	IV
AUTORIZACIÓN	V
CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO	VI
AGRADECIMIENTO.....	VII
DEDICATORIA	VIII
RESUMEN.....	X
INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO.....	3
CONCLUSIONES	13
BIBLIOGRAFÍA	14

RESUMEN

El objetivo general de esta investigación fue analizar la sentencia No. 28-15-IN/21 para evitar la vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador, esto debido a que la Corte Constitucional del Ecuador, con Sentencia No. 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, los que hicieron la preferencia materna al momento de confiar la tenencia de niñas, niños y adolescentes, bajo los supuestos establecidos en la ley, con finalidad de que el menor tenga una mejor situación en relación a sus derechos y bienestar general, permaneciendo con el padre que cumpla con las condiciones idóneas para su cuidado y crianza. Se realizó una Revisión Bibliográfica para sustentar el marco teórico y análisis de sentencia No. 28-15-IN/21, enfocándose en el ordenamiento jurídico en base a la tenencia de los menores de 12 años y cuáles han sido los argumentos en favor o en contra para llegar a esta sentencia considerando no realizar una violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

Palabras claves:

Sentencia, derechos, niñas, niños y vulneración.

ABSTRACT

The general objective of this research was to analyze the sentence No. 28-15-IN/21 in order to avoid the violation of the rights of children and adolescents in Ecuador, because the Constitutional Court of Ecuador, with Sentence No. 28-15-IN/21, declared unconstitutional the numbers 2 and 4 of article 106 of the Code of Childhood and Adolescence, which made the maternal preference when entrusting the custody of children and adolescents. 28-15-IN/21, declared the unconstitutionality of paragraphs 2 and 4 of Article 106 of the Childhood and Adolescence Code, which made the maternal preference at the time of entrusting the custody of children and adolescents, under the assumptions established in the law, in order that the child has a better situation in relation to their rights and general welfare, remaining with the parent who meets the conditions suitable for their care and upbringing. A bibliographic review was conducted to support the theoretical framework and analysis of sentence No. 28-15-IN/21, focusing on the legal system based on the custody of children under 12 years of age and what have been the arguments in favor or against to reach this sentence considering not to make a violation of the rights of children and adolescents in Ecuador.

Key words:

Sentence, rights, girls, boys and violation.

**VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN AUSENCIA DE LOS PROGENITORES: ANÁLISIS
SENTENCIA NO. 28-15- IN/21**

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, como norma fundamental dentro de nuestro territorio, reconoce una serie de derechos, obligaciones y responsabilidades respecto de la familia, por tanto, al ser la Constitución una norma de carácter general, nuestras autoridades tienen la responsabilidad de dictar las normas secundarias que permitan viabilizar los mandatos que la Constitución consagra.

Por lo que, en busca de proveer bases seguras en los niños, niñas y adolescentes, en base a esto El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, con Sentencia No. 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, los que hicieron la preferencia materna al momento de confiar la tenencia de niñas, niños y adolescentes, bajo los supuestos establecidos en la ley.

Esto con la finalidad de que el menor tenga una mejor situación en relación a sus derechos y bienestar general, permaneciendo con el padre que cumpla con las condiciones idóneas para su cuidado y crianza. El objetivo general de esta investigación es analizar la sentencia No. 28-15-IN/21 para evitar la vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador.

Se debe considerar que la tenencia es una institución familiar que surge en el momento en que los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley (Cifuentes, 2019), es por esto que la sentencia No. 28-15-IN/21 brinda igualdad de oportunidades a los padres puesto que anteriormente se consideraba

como derecho preferente la tenencia a la madre, inclusive sin verificar si esta estaba en condiciones de cumplir con la tenencia efectiva de los menores.

Esto se realiza de conformidad a lo que dispone nuestra Constitución en su sección quinta de la Niñas, Niños, y Adolescentes que en su parte pertinente manifiesta: (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

Art. 44.- El estado la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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

En lo referente a este artículo manifiesta que el Estado, protegerá los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en todo el proceso de desarrollo y crecimiento en todo sentido de afectividad y seguridad por lo que, la idea a defender es que a través de la sentencia No. 28-15-IN/21 se está considerando el derecho de igualdad de los padres y corresponsabilidad parental considerando el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador.

DESARROLLO

En el Derecho Romano, las relaciones entre padres e hijos se caracterizaban porque la autoridad paterna imponía una condición de absolutista, autoritaria y llena de fuerza, imponiendo incluso tratos inhumanos sobre los hijos, con el devenir de la sociedad se modificaron las costumbres, se impusieron leyes para proteger a los menores, otorgándoles un carácter proteccionista y actualmente las relaciones entre padres-hijos tienen ese carácter, sobre todo si son menores de edad. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla.

El Interés Superior del Niño es un tema muy importante que se lo debe tratar con mucha responsabilidad y hacer cumplir este principio en todo su contexto y que para ello es necesaria la colaboración de todas las autoridades en especial las legislativas y administrativas, para que no se violente por ningún motivo este principio.

Para fundamentar los derechos de los niños se contempla en el artículo 23 del Código de la niñez, en donde se evidencia que los niños y niñas tienen derecho de tener una familia que los proteja y que les brinde seguridad y estabilidad emocional, mediante una convivencia familiar.

Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida.

Es por esto que en relación al bienestar de los niños se tiene que la tenencia de los hijos menores de edad es un tema delicado que puede generar controversias, por lo tanto, es fundamental establecer acciones que no afecten al menor y garanticen sus derechos. En la legislación ecuatoriana no existe una definición de tenencia, su contenido, sujetos o titulares y alcance pueden determinarse de lo señalado en el artículo 118 del (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2016).

Esto se aplica cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

Según (Mafla, 2016) existen tres clases de tenencia que se presentan con más frecuencia en los conflictos de divorcio o separación de los padres, o que a falta de la madre, la disputa se realiza entre el padre y los abuelos maternos, las mismas que se las resumen de la siguiente manera: La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre en el momento que el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica. Si uno de los padres tiene la custodia de hecho entonces no podrá solicitar la tenencia provisional. Sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia.

La tenencia de hecho puede ser: porque existe un acuerdo entre los padres sin recurrir a ningún tercero. En este caso los padres tomaron la decisión de tener la tenencia del menor ya sea por un acuerdo expreso o tácito. Por decisión unilateral de uno de los padres.

La tenencia definitiva se debe a un proceso judicial o un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada como los Centros de Conciliación o las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades (Dávila, 2019).

En lo referente a la metodología utilizada en esta investigación es que fue cualitativa, debido a que comprende los fenómenos, buscando las causales del reconocimiento en el ordenamiento jurídico de la custodia compartida de los abuelos en el Ecuador contribuye con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además reúne elementos normativos como la Constitución de la República del Ecuador, Código

Orgánico de Niñez y Adolescencia (CONA) e incluso hace referencia al art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica donde se encuentran establece los derechos de los niños y la familia.

El enfoque fue cualitativo porque toma en cuenta los aspectos analíticos de manera más representativa de la investigación para determinar las características del tema que se está evaluando para conocer así los motivos y justificar su enfoque.

El diseño de investigación fue de tipo transversal debido a que considera todas las normas relacionadas al tema de investigación como son la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (CONA) y el Pacto de San José de Costa Rica que establece los derechos de los niños y la familia.

El alcance de investigación fue descriptivo en relación con la verificación de la normativa referente a los derechos de los niños y un pilar importante en la familia, describiendo los artículos de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (CONA) y presentando un análisis de la sentencia No. 28-15-IN/21.

Se realizó una Revisión Bibliográfica para sustentar el marco teórico y análisis de sentencia No. 28-15-IN/21, enfocándose en el ordenamiento jurídico en base a la tenencia de los menores de 12 años y cuáles han sido los argumentos en favor o en contra para llegar a esta sentencia considerando no realizar una violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

Conforme el artículo 2 del testimonio Mundial de Derechos Humanos, toda la gente poseen los mismos derechos y libertades, sin hacer excepción por raza, color, sexo, lenguaje, religión, crítica política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, postura económica, origen o cualquier otra condición. La sociedad de la cual formamos parte haya alcanzado a grado legislativo el equilibrio de derechos entre hombres y féminas es un gran logro, sin embargo, no es suficiente. Además, el artículo 3 del Convenio Universal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales apunta que los firmantes se comprometen a asegurar que hombres y mujeres disfruten igualmente de los derechos económicos, sociales y culturales.

Para llegar al dictamen de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional analizó el derecho a la estabilidad y no discriminación, el inicio de interés preeminente de niños, niñas y jóvenes y la corresponsabilidad parental. Por medio de un informado, que ha sido difundido este 10 de diciembre, la entidad reiteró que “en casos donde se resuelvan derechos de niños, niñas y jóvenes primará el inicio de interés superior por sobre los intereses de los padres”.

El derecho a la estabilidad de trato a causa de la ley, en donde se evidencia la obligación sobre el Estado de no hacer distinciones para revisar que la regla no haga un trato ilegítimo, va a ser preciso, en primer término, examinar si el trato diferenciado a causa de esa regla se enmarca en la discriminación.

El equilibrio de trato frente a la ley no necesita del Estado tratar a toda la gente de igual modo. Es entendible que el inicio de equidad frente a la ley no involucra un derecho de los pobladores a que el Estado no haga ningún tipo de exclusión referente a la aplicación de la ley. La estabilidad frente a la ley involucra que los individuos que permanecen en equidad de condiciones, no reciban un trato distinto por las reglas y de acuerdo con la Defensoría del Pueblo de Ecuador (2015), la estabilidad formal “implica que las reglas jurídicas traten a todas las personas con neutralidad”.

De esta forma además que, en la situación de darle trato preferente a la mamá respecto a la tenencia, el derecho del progenitor es perjudicado y paralelamente el derecho del menor pues su contacto con su papá es reducido.

La preferencia materna no es proporcional debido a que este trato desigual sacrifica valores e inicios de más grande peso que los que se pretende saciar mediante esta exclusión. Aparentemente, esta disposición gira alrededor de la custodia del menor debido a que se ha entendido que la mamá es el individuo adecuada para proteger al infante. Sin embargo, el hecho de que constantemente se deba atribuir la tenencia a la mamá, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las féminas, a la vez que resulta incompatible con el inicio del interés superior del infante. Se tiene que la regla impugnada viola el principio de corresponsabilidad parental, pues al mantener “un sistema querido materna en la tenencia del infante, se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos.

La sentencia No. 28-15-IN/21 violenta el principio de equidad que relaciona los fundamentos de los derechos humanos con el ejercicio de los mismos, convirtiéndose entonces en una elemental articulación para el pleno respeto (de un lado) y el verdadero ejercicio de los derechos primordiales. La aplicación de los derechos, primero se debería entender que los principios se hallan entre un grupo de lineamientos además muestra un extenso catálogo de categorías por las cuales está definitivamente prohibido el trato diferenciado, a no ser que estemos ante actividades afirmativas tendientes a conseguir el verdadero ejercicio de derechos en condiciones de equidad, como ya se analizó en la Unidad antecedente.

La base constitutiva del equilibrio parte del reconocimiento de varias de las diferencias que hay entre los seres vivos, propiedades propias que son adquiridas o de origen; voluntarias o involuntarias; sin embargo, se reconoce que, ante aquellas diferencias, todas y todos poseemos el derecho a recibir un trato que garantice como inicio.

El inicio de equidad, propugna que los derechos tienen que ser ejercidos por toda la gente en condiciones de equidad, independientemente de su carácter personal. En este sentido, el inicio estaría subordinado a los derechos ubicados en nuestra Constitución.

A su entender, la regla impugnada además es contraria a la Convención sobre los Derechos del Infante, en especial el artículo 5, número 2 del artículo 14 y artículo 18, que se relacionan a las obligaciones usuales que tienen hombre y mujer en relación a la crianza de los hijos y su desarrollo. Las responsabilidades parentales compartidas acostumbran ir en beneficio del interés superior del infante. Sin embargo, en las elecciones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del infante en particular. Al evaluar el interés superior del infante, el juez debe tener en cuenta el derecho del infante a conservar la interacción con ambos progenitores, junto con los demás recursos pertinentes para el caso.

En lo en cuanto a la preservación del grupo familiar del niño, niña y la familia, explican que la regla es contraria puesto que: el otorgamiento de la tenencia de manera única y arbitraria a la mamá una vez que los dos papás son por igual aptos, impide que el

infante tenga este contacto constante con su núcleo familiar. Además, la regla preferida materna impide conservar la unidad familiar debido a que, a la inversa, refuerza la división familiar e impide que exista un verdadero fortalecimiento del núcleo familiar.

Esto se da por la carencia de control, relación y reducido parentesco con el papá de familia, que en varios casos es quien da un más grande grado de énfasis en lo cual respecta a conducta de los menores, por lo cual si el infante no es educado apropiadamente en su infancia puede crear adultos con inconvenientes incapaces de realizarse de manera idónea en la sociedad.

En la Sociedad presente se tiene que el progenitor, por generaciones fue observado como el abastecedor de todas las necesidades existente en el hogar, pero no el que hace ocupaciones como son los quehaceres en la vivienda, delegando esta obligación y responsabilidad a la mujer, por lo cual al conceder que esta sea quien tenga bajo su cuidado al menor hasta que cumpla sus 12 años, siendo el individuo primordial en la situación de su crianza, pues dependiendo del consenso legal se establecerá una protección compartida o un sistema de visitas bastante reducido, y en varios casos esto se da por la interacción entre ex conyugues en vez de la tranquilidad y estabilidad del menor de edad.

Cabe resaltar que el papel de cuidador por parte del papá de familia en varios casos es bastante reducido, inclusive catalogándolo como que es alguien incapaz de proteger y proveer todo lo cual necesite el o la menor de edad, esto se da por las creencias y prácticas de la sociedad. Es por ello que es importante que la ley en busca de las ventajas del menor de edad sobre los progenitores y en si la sociedad, se tenga una protección compartida por los padres, en donde la madre además logre laborar y que paralelamente el papá cuente con la suficiente responsabilidad y seriedad para llevar a cabo con su tarea fundamental en el desarrollo del infante en lo cual respecta al cuidado y apoyo del menor.

El progenitor al ser tomado como abastecedor económico y no como alguien preparado para la tenencia y protección del menor, pues este derecho se lo da la legislación ecuatoriana a la mamá por ser dama y por el papel predeterminado en la sociedad, en donde la dama no precisamente tiene la obligación económica de conceder

un medio de soporte al menor, lo cual no se preocupa del confort integral del menor de manera igualitaria sino estableciendo papeles. Actualmente, aun no se asimila un divorcio como una división o desacuerdo en medio de las piezas en una sociedad conyugal, sino que se lo estima como un problema en medio de las piezas que crea mucho malestar en la pareja, en donde los hijos son los que son los más dañados en un divorcio, las piezas intentan triunfar un más grande beneficio, en varios casos no es justo ni correcto pues los interés personales, priman sobre el caso económica del núcleo familiar y del confort que logre tener el menor sea directa o de forma indirecta.

A su criterio, la regla impugnada es violatoria inicialmente de equidad por 2 motivos: (i) por la reasignación materna que impide el ejercicio equitativo de derechos y obligaciones entre papá y mamá; y, (ii) por reforzar los estereotipos del papel de la dama en el núcleo familiar.

El motivo para mantener que la regla impugnada es contraria inicialmente de interés superior de Niñas, Niños, y Adolescentes, se sustenta en la exploración de 3 recursos del comienzo ibídem: crítica, identidad y preservación del grupo familiar de Niñas, Niños, y Adolescentes

El interés superior de Niñas, Niños, y Adolescentes es prioritario ante otros intereses, por lo cual se debería evaluar cada caso para dictaminar sobre la tenencia. Piensan que la asignación automática a la mamá, a falta de consenso sobre la tenencia, presupone una rigidez en la toma de elecciones que se convierte en una acción discriminatoria.

Se asegura que la regla impugnada es inconstitucional, especialmente el número 2, pues asigna automáticamente la tenencia a la mamá, a falta de consenso sobre la misma, sin tener en cuenta la crítica de Niñas, Niños, y Adolescentes.

Referente a la identidad, mantienen existente incompatibilidad en relación a ésta y la regla impugnada. A pesar del divorcio de los progenitores, para los Niñas, Niños, y Adolescentes los padres siguen constituyendo una familia. Por ende, la preferencia materna “obstaculiza al infante o muchacho cuyos papás son divorciados, a conservar un parentesco directo con el papá al que no se le ha conferido la tenencia del menor”.

Por otra parte, los argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador aseguraron que la regla impugnada “se justifica por las necesidades de nuestra naturaleza”, puesto que “la ley es sabia” y “es cuestión del jurista enseñar qué es lo cual más conviene, sin embargo, en litigio se debe disponer lo procedente para que no afecte los derechos de los menores concediendo igualdad para su tenencia entre padre y madre.

No existe diferencia de derechos entre padre y madre para con las niñas, niños y adolescentes, toda vez que desde sus inicios los padres tienen y asumen la misma responsabilidad para con sus hijos, esta es compartida, ninguno de ellos está exento de su cuidado, protección en todos sus aspectos ante la ley y ante la sociedad, lo que es más, igual derecho de prodigarles cariño y amor filial a sus hijos.

El Argumento que, por ley, por naturaleza, estarán con la mamá debido a que el papá no concibe, el papá no fecunda, el papá no es responsable de la gestación, el papá no alimenta a medida que es feto, el papá no pare, el papá no amamanta, aquel parentesco que produce la naturaleza pues de esta forma se ha preservado la especie.

En base a esto se consideró que la ley salvaguarda el parentesco creado por la “maternidad” y que éste es “fuerte, por encima del parentesco que puede existir con el papá, por más excelentes papás que existan. A no ser que el ejemplo sea con una mamá desnaturalizada, que hasta allí no llega la ley.

Se instituye que la preferencia materna es elemental debido a que “durante el entorno histórico social, se demostró que, por motivos antropológicos, culturales, biológicos, y jurídicos, la mamá responde de mejor forma al laso parental”.

Para fijar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, después de escuchar al púber, al infante o niña que se encuentren en condiciones de manifestar su crítica observará las próximas normas:

- 1.- Se respetará lo cual acuerden los progenitores continuamente que ello no afecte los derechos del hijo o la hija;
- 2.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre más grande seguridad emocional y madurez

psicológica y que se encuentren en superiores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que requieren y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

3.- Si los dos progenitores demuestran equivalentes condiciones, se preferirá a la mamá, continuamente que no perjudique el interés preeminente del hijo o la hija”.

Estas normas expresan en resumen que, aunque los dos progenitores se encuentren en equidad de condiciones para criar a los hijos, se preferirá a la mamá.

“1. Admitir la acción pública de inconstitucionalidad No. 28-15-IN

La patria potestad “no sólo es el conjunto de derechos, sino además de obligaciones de los padres relativo a sus hijos e hijas no emancipados, referente al cuidado, enseñanza, desarrollo integral, protección de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley, mientras tanto que la protección es responsabilidad de padre y madre.

No obstante, de la revisión del marco jurídico ecuatoriano, se colige que no existe la figura de la tenencia compartida, lo que denota la necesidad de legislarla como tal, debido a que la misma posibilita la asunción de los compromisos parentales usuales sobre los hijos, y no con la exclusión de que uno de los cónyuges la ejerza por separado, perjudicado de manera directa el desarrollo de los hijos dependientes.

El art. 118 del Código Orgánico de la infancia y Juventud menciona que: “Cuando el Juez estime más correcto para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiará su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin cambiar el ejercicio de la patria potestad, encargará su tenencia”.

Según (Agurto, 2017) la tenencia compartida es: “La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, emocional y en verdad con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos sin embargo aún socios parentales”.

Buscando la legitimación activa que presentó la acción que tratamos, es que se respete la igualdad de derechos que corresponde tanto a la mamá como al papá de los

menores, la institucionalidad del Código de la Niñez y adolescencia dentro de sus disposiciones, menguaba los derechos de los padres al disponer una desventaja dentro de su norma para con los padres, tan es así que incluso cuando se concluía que el papa y la mamá estaban en iguales condiciones de prestar facilidades, ayuda, auxilio, cariño y protección para sus hijos, se privilegiaba a la mamá dándole a ésta el protagonismo en que era entre los dos la más opcionada para tener la custodia de él, las o los menores adolescentes.

Con este accionar y al decir o sugerir que la madre estaba en mejores condiciones que el padre, se produce la diferencia entre las partes quitándole la igualdad de derechos que le corresponde al padre de los menores.

Esta decisión de la Corte vino a reconocer los derechos de igualdad a que tenemos todas las personas sin distinción de clase alguna, así lo dispone el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

No se puede ni se debe direccionar el afecto para con los hijos, privilegiando del mis mismo a la mamá toda vez que la afectividad es una responsabilidad personal en iguales condiciones tanto al papá como a la mamá. Lo que es más la prodigación de afecto para con los niños, niñas y adolescentes de padre y madre nos traerá como resultados ciudadanos justos para su desenvolvimiento en una mejor sociedad, es sembrar en tierra fértil, si se da afecto y cariño.

Existen otros escenarios y paradigmas jurídicos que no están resueltos, pero es necesario en algún momento de que se ajusten las condiciones reales a circunstancias legales como es conflictos existentes entre abuelos paternos y maternos, para cuando a falta de los progenitores no se ha identificado legalmente a quien de ellos le corresponde la custodia a falta de sus padres.

La Sentencia No. 28-15- IN/21 viene a demarcar un nuevo delineamiento por parte de los padres, tanto papá como mamá para con las niñas, niños y adolescentes, no oficializando la custodia compartida en desafecto o detrimento de la custodia que le corresponde a la madre, para luego concedérsela al padre.

CONCLUSIONES

Para llegar al dictamen de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional analizó el derecho a la estabilidad y no discriminación, el inicio de interés preeminente de niños, niñas y jóvenes y la corresponsabilidad parental. Por medio de un informe, que ha sido difundido este 10 de diciembre, la entidad reiteró que “en casos donde se resuelvan derechos de niños, niñas y jóvenes primará el inicio de interés superior por sobre los intereses de los padres”.

De la revisión del marco jurídico ecuatoriano, se colige que no existe la figura de la tenencia compartida, lo que denota la necesidad de legislarla como tal, debido a que la misma posibilita la asunción de los compromisos parentales usuales sobre los hijos, y no con la exclusión de que uno de los cónyuges la ejerza por separado, perjudicado de manera directa el desarrollo de los hijos dependientes.

BIBLIOGRAFÍA

- Agurto, M. (2017). *La custodia compartida del menor después de la separación de sus progenitores*. Obtenido de <http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/1635/1/T-ULVR-0676.pdf>
- Arevalo, J. (2016). *Suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia*. Obtenido de <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/10615/1/TESIS%20SALOME.pdf>
- Ayala, M. (2017). *Patria Potestad y Alimentos*. Obtenido de <https://derechoecuador.com/patria-potestad-y-alimentos/>
- Cifuentes, A. (2019). *Para quién es la tenencia de los hijos*. Obtenido de <https://linkeatuabogado.com/para-quien-es-la-tenencia-de-los-hijos/>
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2016). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador . (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Convención sobre los derechos del Niño. (2006). *Convención sobre los derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Dávila, W. (2019). *Regimen de visitas y tenencia de hijos*. Obtenido de <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/>

- Espinosa. (2020). *La custodia compartida* . Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442020000200434
- Hernandez, K. (2016). *ANÁLISIS COMPARADO DESDE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE CHILE*,. Obtenido de http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/249/1/unaula_rep_pre_der_2015_habeas_corpus.pdf
- Mafla, H. (2016). *El incumplimiento de la tenencia de los hijos menores de edad por muerte de la madre y la vulneración del principio del interés superior del niño*. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4911/1/TUTAB016-2016.pdf>
- Peralta, A. (2016). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://derechoecuador.com/derecho-a-la-libertad/#:~:text=E%20STE%20DERECHO%20SE%20ENCUENTRA,ley%2C%20selvo%20delito%20flagrante%2C%20en>
- Torremocha, C. (2020). *Custodia Compartida*. Obtenido de <https://www.conceptosjuridicos.com/custodia-compartida/>
- Villavicencio, R. d. (2016). *Establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos cuando el padre o madre ha incumplido la sentencia, como medio que conserva las relaciones familiares*. Obtenido de <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/10178/1/TESIS%20Roc%203%20ADo%20del%20Cisne%20Villavicencio%20Guevara.pdf>
- Vistín, E. (2019). *Ventajas de la custodia compartida en tiempos de desintegración familiar en el Ecuador*. Obtenido de <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/1105/html>

