



Facultad de Derecho

Tema:

La Tenencia de los niños, niñas, y adolescentes en el sistema jurídico ecuatoriano a partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador 2008.

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogado

Presentada por:

Lissette Daniela Enríquez Reinoso

Tutor:

Nathaly Jurado

Quito, agosto de 2022

RESUMEN

Este trabajo se titula: “La Tenencia de los niños, niñas, y adolescentes en el sistema jurídico ecuatoriano a partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador 2008”, en donde el problema que guio la investigación es ¿Cuál es la situación jurídica en la que se encuentra la tenencia de los hijos de familia en el Ecuador, a partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador 2008?, el objeto de dar respuesta a esta pregunta es el describir y explorar cómo la Constitución del Ecuador 2008 repercute en la concepción que se ha dado a la tenencia de los niños, niñas, y adolescentes en el sistema jurídico ecuatoriano.

Para esto el presente trabajo hace un trayecto descriptivo, donde primero se contextualiza temática, para consiguiente conceptualizar términos referentes al derecho de familia que son necesarios que se entiendan y esclarezcan para el presente trabajo que versa sobre la “Tenencia en el Ecuador”, esto con el fin de que a continuación se realice el estudio de caso del precedente constitucional Caso Nro. 28-15- IN, en el cual se hizo un análisis dialéctico, que llevó a la obtención de conclusiones y recomendaciones en pro a la necesidad de crear e incentivar medidas alternativas a la tenencia establecida en el Ecuador.

El trabajo fue realizado con un método socio-jurídico-jurisprudencial, en el cual se aplicó un tipo de investigación exploratoria, descriptiva, que permitió exponer la situación jurídica de la tenencia en el Ecuador, al mismo tiempo que reflejo la existencia de problemas sociales, así como también de confusiones, anomias y antinomias en el sistema jurídico del Ecuador.

Palabras claves: Tenencia, Patria Potestad, Corresponsabilidad, igualdad, Constitución, Caso Nro. 28-15- IN.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios. De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Lisette Daniela Enríquez Reinoso

CC: 1725532400

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado mis padres Lenin y Cecilia quienes me han guiado y apoyado durante toda mi vida académica, también agradezco infinitamente a mis abuelos Lupita , Yolita y en especial a Mariano quien ha sido el pilar fundamental para que durante años siga creciendo la dinastía familiar el ser profesionales en derecho.

Agradezco a mi hermana, quien me apoyo incondicionalmente, quien con su comprensión y sabiduría me ha guiado, e incentivado a ser mejor cada día, y nunca me dejo desfallecer en ninguna adversidad de la vida.

También quiero agradecer a mis profesores de carrera universitaria, quienes, con sus enseñanzas y consejos, me ayudaron a formarme como una excelente profesional en el área del Derecho.

A mis compañeros y amigos, siempre les agradeceré por estar a mi lado en cada etapa de mi carrera universitaria.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7	
JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9	
CAPÍTULO 1.-		
1. Ámbito socio-jurídico, y el derecho de familia	10	
2. La Constitución en el Ecuador, la familia, niños y niñas.....	111	
3. Familia.....	14	
4. Patria Potestad.	17	
5. Guarda y Custodia	19	
CAPÍTULO 2.....		21
1. Tenencia en el Ecuador.....	21	
2. La tenencia en el Derecho comparado.....	23	
3. La tenencia en la mediación.	25	
CAPÍTULO 3.....		27
1. Antecedentes del Caso Nro. 28-15- IN expedido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador.....	27	
2. Análisis del Caso Nro. 28-15- IN expedido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador.....	28	
CONCLUSIONES		38
RECOMENDACIONES.....		39
BIBLIOGRAFÍA		42

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Cuadro sobre Legislación sobre tenencia comparada	24
--	----

LA TENENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS, Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR 2008.

Autor: Lissette Daniela Enríquez Reinoso

Correo electrónico: lissettenriquez@gmail.com

Resumen

Este trabajo se titula: “La Tenencia de los niños, niñas, y adolescentes en el sistema jurídico ecuatoriano a partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador 2008”, en donde el problema que guio la investigación es ¿Cuál es la situación jurídica en la que se encuentra la tenencia de los hijos de familia en el Ecuador, a partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador 2008?, el objeto de dar respuesta a esta pregunta es el describir y explorar cómo la Constitución del Ecuador 2008 repercute en la concepción que se ha dado a la tenencia de los niños, niñas, y adolescentes en el sistema jurídico ecuatoriano.

Para esto el presente trabajo hace un trayecto descriptivo, donde primero se contextualiza temática, para consiguiente conceptualizar términos referentes al derecho de familia que son necesarios que se entiendan y esclarezcan para el presente trabajo que versa sobre la “Tenencia en el Ecuador”, esto con el fin de que a continuación se realice el estudio de caso del precedente constitucional Caso Nro. 28-15- IN, en el cual se hizo un análisis dialéctico, que llevó a la obtención de conclusiones y recomendaciones en pro a la necesidad de crear e incentivar medidas alternativas a la tenencia establecida en el Ecuador.

El trabajo fue realizado con un método socio-jurídico-jurisprudencial, en el cual se aplicó un tipo de investigación exploratoria, descriptiva, que permitió exponer la situación jurídica de la tenencia en el Ecuador, al mismo tiempo que reflejo la existencia de problemas sociales, así como también de confusiones, anomias y antinomias en el sistema jurídico del Ecuador.

Palabras Clave: Tenencia, Patria Potestad, Corresponsabilidad, igualdad, Constitución, Caso Nro. 28-15- IN

Abstract (en inglés)

This paper is entitled: "The custody of children and adolescents in the Ecuadorian legal system since the enactment of the Constitution of Ecuador 2008", where the problem that guided the research is: What is the legal situation of the custody of children in Ecuador, since the enactment of the Constitution of Ecuador 2008? In order to answer this question, the purpose of this paper is to describe and explore how the Constitution of Ecuador 2008 affects the conception that has been given to the custody of children and adolescents in the Ecuadorian legal system.

For this, the present work makes a descriptive journey, where first the subject is contextualized, to consequently conceptualize terms related to family law that are necessary to be understood and clarified for the present work that deals with "Tenure in Ecuador", this in order to then carry out the case study of the constitutional precedent Case No. 28-15- IN, in which a dialectical analysis was made, which led to obtaining conclusions and recommendations for the need to create and encourage alternative measures to the tenure established in Ecuador.

The work was carried out with a socio-legal-jurisprudential method, in which an exploratory, descriptive type of research was applied, which allowed exposing the legal situation of tenure in Ecuador, while reflecting the existence of social problems, as well as confusions, anomies and antinomies in the legal system of Ecuador.

Key words: Tenancy, Parental Power, Co-responsibility, Equality, Constitution, Case No. 28-15- IN

INTRODUCCIÓN

Es un acierto manifestar que en materia de derecho de familia el Ecuador se encuentra en un proceso de evolución, adaptación, y adecuación de sus reglas a concepciones más progresistas, neoconstitucionalistas, y acorde los principios como: la igualdad y no discriminación, el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes y la corresponsabilidad parental.

Pues se debe tomar en cuenta que como influencia de los cambios contemporáneos visualizados en el Ecuador, se tiene la Constitución de la República del Ecuador 2008, la que gracias a su carácter de norma suprema, y su bloque de constitucionalidad ha provocado que el sistema jurídico tenga cambios paradigmáticos necesarios para la sociedad, y más acorde a los valores y principios constitucionales.

Por cuanto, antes de la Constitución de la República del Ecuador 2008, se optaba por una concepción del derecho más legalista y silogístico, esto quiere decir que buscaba la aplicación de la ley, como una premisa que tiene un antecedente factico, que en el caso de ser cumplido, tienen un consecuente, esto sin tomar en cuenta el contenido externo que subyace a las premisas, entendiendo a las mismas como verdaderas.

En tanto para explicar de mejor manera lo antes dicho, la investigación centra su estudio en el análisis de la “Tenencia en el Ecuador”, puesto que esta temática al ser descrita permitirá exponer de mejor forma problemas jurídicos existentes en la legislación y sociedad ecuatoriana referente a las familias del Ecuador.

En contexto, el Ecuador ha declarado inconstitucional el Artículo 106 numeral 2 y 4, consecuencia de que dicho artículo no es materialmente válido según criterios constitucionales y convencionales, dado a que su contenido tiene como objeto legítimo justificaciones basadas en roles de género y roles sociales, lo cual no armoniza y es contrario a principios *Ius Cogens*, tales como, el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación.

Por tanto, en un control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, en cuanto se debía resolver una acción de inconstitucionalidad presentada el año 2015; el año 2021 la Corte Constitucional resuelve que la figura del encargo preferente de la tenencia del hijo de familia a la madre es contraria a varios principios que subyacen nuestro sistema jurídico.

Para entender de mejor forma el conflicto que versa en este trabajo, es menester para este trabajo llevar al lector por un proceso de conceptos, realidades sociales ecuatorianas, y normativa aplicable en el caso ecuatoriano, es por esto que, para guiar este proceso, el trabajo busca dar respuesta a lo siguiente: ¿Cuál es la situación jurídica en la que se encuentra la tenencia de los hijos de familia en el Ecuador, a partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador 2008?, ya que al dar respuesta a esta interrogante, se explorará y describirá con un método socio-jurídico las distintas realidades, posturas y variables que intervienen en la institución de “Tenencia” en el Ecuador.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

Con la finalidad de dilucidar la situación existente en el Ecuador referente al tema de tenencia en niños, niñas y adolescentes, es vital que en la academia ecuatoriana se realicen análisis y se describan temas tan relevantes al derecho de familia, ya que esto aporta a que los académicos y operadores de justicia puedan estar actualizados en dicha materia, la misma que es tan cotidiana y necesaria en nuestra sociedad, como en el mundo profesional de un abogado.

Por otro lado, se busca esclarecer conceptos que son un poco imprecisos al momento de dar interpretaciones a las normas referentes al derecho de familia, pues de esta manera, se explica de mejor manera la correlación que tiene el Derecho Civil, Derecho de Familia, y el Derecho Constitucional entre sí, y como estos deben ser aplicados de forma integral en el Ecuador.

También se debe decir que otro factor que motiva a esta investigación, es el estudio del cambio paradigmático que implica la sentencia del Caso Nro. 28-15- IN, en vista que repercute per se a derechos del núcleo de la sociedad, por lo que la tenencia de los hijos de familia, ya no es de preferencia solo maternal, ya que este criterio ha sido reemplazado por un criterio que integra el derecho, e interpreta al mismo a través de la razonabilidad, fundamentándose en que las normas deben tener un fin constitucionalmente válido, idóneo, y necesario para garantizar el derecho que se quiere proteger.

CAPÍTULO 1.-

1. Ámbito socio-jurídico, y el derecho de familia.

Cómo bien es cierto, en todo trabajo investigativo y descriptivo surge la necesidad de poner al lector en pleno entendimiento de la temática tratada, para que de esta forma el mismo sea entendido y pueda transmitir la idea completa de lo relatado, siendo esto así, y al ser necesario entender ciertos conceptos; los conceptos a tratar en el presente capítulo son: familia, patria potestad, custodia, tenencia, corresponsabilidad parental, y principio de interés superior del niño.

Dichos conceptos serán tratados y desarrollados a lo largo de todo el trabajo y explicados sumariamente en este capítulo, a excepción del último concepto, el cual será analizado y desarrollado en el transcurso del presente trabajo conjuntamente con la Constitución del 2008 del Ecuador y el caso de inconstitucionalidad Nro. 28-15-IN.

Entrando en materia, el ámbito de análisis del presente trabajo es el “Derecho de Familia”, el cual se puede definir como un conjunto de normas de orden público e interés social que tienen como fin regular y proteger a la familia y sus integrantes, así como también su desarrollo integral y sus formas de organizarse. Todo esto acorde con los respectivos principios, valores, sistemas jurídicos, y constituciones que estén fungiendo en los diversos estados y sociedades existentes. (Pérez, 2010, P. 21)

Al ser esto así, no es de sorprender que las temáticas que versan sobre los derechos y obligaciones de los hijos de familia versus los derechos y obligaciones de los padres de familia sean de tanta relevancia en la rama del derecho de familia y el derecho constitucional.

Ahora bien, es importante mencionar que el derecho de familia en el Ecuador ha evolucionado acorde la historia jurídica y cultural del pueblo ecuatoriano sirviendo como un instrumento de organización para la sociedad, instrumento que tiene como núcleo de la sociedad, la familia. Lastimosamente la concepción de familia ecuatoriana es producto de un proceso histórico influenciado por ideas patriarcales provenientes de los Romanos y la Iglesia Católica, teniendo como consecuencia que las familias ecuatorianas sean cultural y jurídicamente estereotipadas debido a los distintos roles de género que se presumen y presumieron normales en el Ecuador.

Pues se debe decir que, el Ecuador es un Estado que ha regido sus valores sociales y jurídicos en simientes greco-romanos, y católicos, lo cual se ve reflejado en su Constitución y distinta normativa de menor jerarquía (Muñoz, 2020, P. 13), dicha concepción en el derecho ecuatoriano ha provocado, que existan problemas en la aplicación material de la Constitución del Ecuador 2008, pues como ejemplo se tiene el tema a tratar, ya que, en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 106, se puede notar como el legislador plasmó una norma contraria a valores y principios establecidos en la constitución, lo cual provocaría su invalidez, puesto que el artículo 106 tiene como justificación, una realidad basada en el estereotipo de familia patriarcal, en donde el hombre provee, mientras que la mujer cuida. Estereotipo que es de todo discriminatorio y contrario a la Constitución del Ecuador.

2. La Constitución en el Ecuador, la familia, niños y niñas.

Como es cierto, la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador 2008 fue un hito que cambio paradigmáticamente el sistema jurídico ecuatoriano, ya que la Constitución se dotó de un catálogo de derechos fundamentales que son exigibles a través de varios mecanismos constitucionales, dejando atrás la idea de que la ley es la máxima expresión de poder. Pues parafraseando la investigación realizada por Jaramillo Marcel, el estado constitucional de derechos en el 2008 “deja atrás los postulados del Estado Legal, y pasa a abrazarse de nuevos principios y teorías”(2011, P. 39), lo que quiere decir que se cambia la noción concebida por el Estado Legal de Derecho en donde la Constitución es una carta política de orden jerárquico superior, y la ley es la norma más importante. Por una concepción de Estado Constitucional de Derechos, “en donde el concepto de Constitución cambia radicalmente, y empieza a ser concebida como una norma jurídica directamente aplicable y “entrometida” en todo el ordenamiento jurídico”. (Marcel, 2011, P. 39)

En virtud de lo antes expuesto, se debe manifestar que la Constitución del Ecuador en su catálogo de derechos y principios, tiene contenidos que alcanzan al derecho de familia, y subyacen de justificaciones a la existencia de normas referentes a la familia, niños, niñas, y adolescentes, patria potestad, custodia, y tenencia. No obstante, los nuevos principios y valores que irradian de la Constitución, suelen contraponerse a normas legisladas anteriormente a la Constitución del 2008, lo que ha tenido como consecuencia, que se hagan controles de constitucionalidad, con el fin de armonizar el sistema jurídico con lo que respecta entre el derecho constitucional y el derecho de personas y familia.

Pues bien, ahora se debe mencionar que la Constitución del 2008 del Ecuador busca proteger y garantizar derechos a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y a los niños, niñas, y adolescentes les da un tratamiento de grupos de atención prioritaria, puesto que mencionados grupos por su condición, pueden estar sujetos a ser vulnerables.

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. (Const., 2008)

Siendo esto así, y al ser la Constitución 2008 una norma magna, que funciona de forma sistemática y se desarrolla en conjunto con principios y derechos que ayudan a materializar el derecho de forma funcional a la sociedad, de la Constitución se desprende que el Estado en cumplimiento y aplicación inmediata de la Constitución debe respetar, garantizar y proteger sin discriminación alguna, y de forma prioritaria a todos los niños, niñas que se encuentren dentro del Estado ecuatoriano.

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

De igual manera, al tenor de la Constitución se puede manifestar que para el desarrollo eficiente y eficaz de los derechos, se debe entender su interdependencia entre las distintas normas y principios existentes, puesto que el sistema jurídico debe guardar armonía y ser una guía que desarrolle los derechos en beneficio de los niños, niñas en relación a los distintos factores que influyen a los mismos, por lo tanto para que los niños, niñas se les reconozca sus derechos de manera óptima, se les debe garantizar y respetar sus derechos a un buen vivir, al cuidado diligente, a la educación, a tener una familia, a desarrollarse integralmente, etc.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. 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. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. (Const., 2008)

Entonces, con lo antes manifestado, se puede decir que la institución de familia se desarrolla en conjunto con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Teniendo como consecuencia un sistema jurídico que intenta guardar armonía entre dicha relación jurídica que se forma entre padres e hijos de familia, y Estado como ente garantizador de los derechos constitucionales.

En la Constitución del Ecuador (2008), se tiene como reflejo de lo antes mencionado el Art. 69., en donde se hace mención al deber del Estado de proteger a la familia y sus integrantes, pues en el mismo se exhorta a promover la maternidad y paternidad responsable, incluso contemplando las particularidades de crisis familiares, tal como es la separación de los padres de familia, pues los niños no pueden ser afectados en su derecho a un desarrollo integral por parte de sus padres.

Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...)

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. (...) (Art. 69)

En este punto de la investigación es necesario retomar la línea investigativa, pues como resultados de la exploración normativa constitucional se pudo notar que la Constitución actúa de forma integral en el sistema jurídico ecuatoriano con referente al derecho de familia, no obstante, esto no quita lo mencionado en el acápite 1 de este capítulo, “los sistemas jurídicos tienden a tener normas con problemas de validez formal, y material, más aún cuando sus normas han tenido como cimientos herencias normativas de carácter patriarcal como el Greco-Romano, y la religión Católica.” Por lo tanto, es necesario expulsar o reformar ciertas normas para que el sistema jurídico guarde armonía con la Constitución, lo cual será analizado en lo posterior una vez entendiendo los conceptos a tratar en el presente trabajo.

3. Familia

Al ser el Estado ecuatoriano, constitucional de derechos y justicia, es evidente que la normativa constitucional es la rectora y la que subyace con contenido a la normativa de menor jerarquía, esto con el fin de garantizar los derechos promulgados en la Constitución. Ahora bien, se debe mencionar que en la Constitución no se detallan ni definen instituciones tales como patria potestad, tenencia, o familia, pero esto no quiere decir que la Constitución no impere en el desarrollo de dichas instituciones o derechos, más bien lo hace de forma abstracta y con mandatos de optimización que tienen como fin cargar de contenido a conceptos como los antes referidos, pues revisando la Constitución, como al bloque de constitucionalidad, se puede apreciar como un instrumento internacional, y la Constitución del 2008 estipulan normas que ponen en contexto lo que se debe entender como familia, y en qué tipo de derechos y garantías se debe fundamentar u respetar dicha institución:

Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una

familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. (...)

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (...) (CADH, 1969, Art. 17)

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (...). (Const, 2008, Art. 67)

De igual forma se puede notar en el artículo 68 de la Constitución, que la misma hace alusión a la conformación de la familia ecuatoriana, donde menciona que no solo se entenderá a la familia como la unión matrimonial, ya que de igual manera gozarán de los mismos derechos la unión estable, monogámica que se tenga entre dos personas sin importar su género que hayan conformado un hogar de hecho de forma libre (Const, 2008). Teniendo esto como consecuencia que la normativa civil, y la normativa referente a familia tengan que adecuarse materialmente a la Constitución del 2008.

Así como sucede en el Ecuador, también se debe mencionar que el concepto de familia, es un concepto con difícil definición, puesto que el mismo ha sido concebido desde procesos históricos de transformaciones, en cuya evolución se han observado diversas modalidades según sus orígenes, entre ellas se tienen concepciones que provienen del matriarcado, patriarcado, familia económica, familia natural, familia civil, etc. (Parraguez, 1998, P. 169)

Entre los conceptos que se le atribuido al término familia según la enciclopedia del Dr. Larrea Holguín (2012) se tiene que:

“Siguiendo el sentido etimológico, la familia es el conjunto de personas y esclavos que moraban en la casa del señor (...) Una denominada técnico-jurídico que es la más acorde con los códigos. Se podría decir que la familia es el conjunto de personas entre las que

median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad, o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico”(P. 242)

Por consiguiente, se puede entender que la familia es un concepto ambiguo, pero se entiende como un conjunto de personas que se relacionan entre sí, en cuales dichas relaciones generan derechos y obligaciones reciprocas, siendo esta una institución u forma de organización básica natural de las sociedades, la cual debe ser respetada y protegida por los Estados, siendo esto reflejo de lo que se estipula en diferentes normativas jurídicas como la CADH, y la Constitución del Ecuador.

Ergo, se puede apreciar que, la familia es una institución fundamental para el Ecuador y el mundo, ya que la misma va ser una institución rectora para otras normas que ayuden a garantizar y desarrollar el derecho en favor a los seres humanos, es por esto que es importante esclarecer dicho concepto para este trabajo, puesto que el mismo ayudará a entender de mejor forma como se desarrollan las relaciones jurídicas entre los hijos de familia y padres de familia, así como los derechos y las obligaciones tanto biológicos, socio-económicos, y civiles que genera esta relación jurídica.

De ahí que se puede decir que, la familia al ser un conjunto de personas que tienen obligaciones y derechos recíprocos entre si según su parentesco, pues deben ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones familiares, tanto de padres a hijos, como de hijos hacia padres, siendo el estado quien vele por el fiel cumplimiento de esto, ahora bien cabe mencionar que entre estas obligaciones y derechos familiares, existe el derecho y obligación de tenencia y custodia que tiene el padre de familia hacia el hijo de familia, dichos derechos y obligaciones al momento del ejercicio de los mismos en familias biparentales separadas, o en crisis familiares suele tener problemas en su ejecución. Pues se tornan situaciones conflictivas en cuestiones de decidir la convivencia y cuidado del hijo por parte de los padres, situaciones que en el caso ecuatoriano anterior al Caso Nro. 28-15-IN, eran solucionadas por los jueces basados en criterios de preferencia materna, sin tomar en cuenta la obligación del Estado ecuatoriano de velar por la igualdad de los padres de familia, y la unidad familiar.

4. Patria Potestad.

En cuanto a las obligaciones y derechos que crea la relación jurídica entre los padres de familia ante los hijos de familia, estos se encuentran concebidos en la institución de patria potestad, como ya se había manifestado con anterioridad, la Constitución ecuatoriana a través de sus valores, principios y reglas subyacen el derecho de familia, por lo cual las familias están reguladas bajo el parámetro de dar el cuidado prioritario hacia los niños, niñas y adolescentes, puesto que los mismos gozan en el Ecuador de una protección especial, por lo cual el desarrollo de sus derechos debe estar en aplicación de la Constitución, por ende los padres y madres de familia son los titulares de satisfacer los derechos de los hijos de familia, en cuanto a los hijos de familia tienen obligaciones que respetar.

Es por esto que en la Constitución en el artículo 83, numeral 16, se tiene como obligaciones de los ecuatorianos: “Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten” (Const, 2008), en concordancia con el Código Civil que estipula:

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia. (Código Civil, 2005)

Por otro lado, en la doctrina el Dr. Larrea Holguín da una definición de patria potestad, la cual es: “El conjunto de derechos y obligaciones que tienen el padre y la madre sobre sus hijos menores no emancipados.” (Holguín, L. 2012, P. 410). Definición que es semejante a la que se tiene en el código civil, y que es acorde a la del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el cual se estipula:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (CONA, 2003, Art.105).

Pues de lo antes mencionado desprende que la patria potestad son derechos y obligaciones que surgen de los padres independientemente del estado civil, edad, situación económica u otras situaciones que ostenten los padres. Usualmente en el Ecuador se tiende a confundir la patria potestad con otros conceptos del derecho de familia, entre estos la custodia legal, guarda y custodia, guarda, y la tenencia. No obstante, a esta confusión, en la doctrina, se tiene criterios como el del jurista Eduardo Zannoni (2004), en donde hay tres grandes grupos de derechos-deberes personales que integran la patria potestad, siendo estos la guarda, la asistencia y la educación. (P. 556)

Por lo tanto, siguiendo la línea investigativa, se puede decir que en el Ecuador se reconoce y protegen los derechos de familia y de los niños, niñas, para lo cual existe amplia legislación, pero que en defecto dicha legislación tiende a confundir términos tales como: custodia legal, guarda y custodia, tuición, los mismos que son ocupados como sinónimo de “Tenencia”, y muchas veces el término de tenencia, es confundido con patria potestad, como si este fuera todos los grupos de derechos y obligaciones que integran la patria potestad, en cuanto que la patria potestad no puede ser entendida solo como tenencia, ya que dicho término se puede decir que es un mero atributo de la patria potestad.

Por lo antes expuesto se puede manifestar que es necesario entender el termino de patria potestad para el tema investigado, pues la patria potestad no se pierde en el caso de que exista una familia separada, u con crisis familiar, ya que esta es consecuencia de un vínculo de parentesco, y las obligaciones, derechos que desprenden de la misma genera una relación jurídica que debe ser ejercida acorde lo que manda y orienta la Constitución y la demás normativa ecuatoriana, ósea es decir basado en los principios de corresponsabilidad, igualdad, e interés superior del niño, provocando esto que la patria potestad o cualquier atributo de la misma no pueda ser ejercida de forma contraria a lo que la Constitución vigente estipule, incluso si existiese una norma que se desarrolle siendo contraria a la Constitución, en aplicación de la misma Constitución, deberá ser expulsada del sistema jurídico como es el caso del artículo 106, articulo que está siendo analizado en este trabajo, y que versa sobre la patria potestad, y la tenencia parental.

5. Guarda y Custodia.

Ahora bien , en relación a los conceptos antes mencionados, se debe decir que los mismos son vagos y ambiguos, no obstante, su discurso da la noción de protección, cuidado o tutela, lo cual es apreciable en el diccionario de la Real Academia Española.

Custodia. -Acción y efecto de custodiar.

Guarda. - Persona que tiene a su cargo la conservación de algo.

Tutela. - Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. (RAE, 2001)

Por otro lado, en la doctrina se encuentra que:

Las guardas comprenden las conocidas instituciones de las tutelas y curadurías, o curatelas. La palabra “guarda” ,es, pues, genérica, y abarca todo lo que se entiende bajo los conceptos de tutela y curaduría. Guardar equivale a proteger, sustraer de todo peligro, mantener en buen estado una cosa o persona; o, como dice el diccionario de la Real Academia. (Holguín, L. 2012, P. 281).

Pues para este trabajo a la custodia y guarda, se le referenciara en el ámbito que consiste como una situación de convivencia que se mantiene entre los padres y los hijos menores, con el fin de cuidado, educación y formación integral, siendo esta entendida como guarda y custodia de los hijos.

En el Código Civil, en el Título XVII, se tratan a las tutelas y a las guardas como:

Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores. (Código Civil, 2005, Art. 367)

En este momento conviene mencionar el motivo de exponer estos conceptos para el presente trabajo, como antes se manifestó, el derecho de familia debe ser estudiado de forma conjunta con el derecho constitucional, con un método Socio-Jurídico, para de esta forma poder entender la realidad de la aplicación de las normas en lo social; pues ahora cabe manifestar que, en la forma de organización de las familias ecuatorianas, igual que en las familias de otros lugares del mundo existen crisis familiares, en donde miembros del núcleo familiar se separan, provocando que hijos de familia queden bajo la custodia de un solo padre o progenitor, lo cual lleva a la existencia de conflictos tanto sociales como jurídicos, donde es necesario interpretar y aplicar normas referentes a los conceptos antes mencionados con el fin de dar solución a los distintos conflictos.

Ahora bien, para terminar con este tema, se debe decir que, la guarda y la custodia son términos que por su ambigüedad y uso en el sistema jurídico ecuatoriano, son de difícil comprensión, pero esto no quiere decir que su alcance no sea importante para el derecho, pues dichos conceptos son rectores para el desarrollo y aplicación del derecho de familia, ya que la guarda u custodia hacen alusión a los derechos y deberes de cuidado que existen entre los padres de familia y los hijos de familia, por ende abarcan a la tenencia, e incluso como se manifestó antes, en el Ecuador dichos conceptos son ocupados como sinónimos, por ende es necesario que se entienda para este trabajo dichos conceptos, ya que la noción que se le da a los mismos repercutirá en el entendimiento de los operadores de justicia con respecto a la Tenencia en el Ecuador.

CAPÍTULO 2.-

1. Tenencia en el Ecuador.

Considerando que en la Constitución del Ecuador 2008 existen varias normas como los artículos: 44¹, 67², 68³, 83⁴, y una vez expuestos los conceptos que intervendrán en el presente trabajo, a la vez que contextualizado la problemática de que en el Ecuador existen crisis familiares que tienen como consecuencia la disolución de familias que dejan a los padres e hijos en la situación de desapego físico y conflicto de con quién convivirán los hijos y quién los cuidará en ausencia de uno de los padres.

Pues se debe entender que mientras los padres de familia convivan juntos, no existe problema alguno en cuestión de tenencia de los hijos, ya que es evidente que este derecho es compartido por ambos padres, más, no obstante, cuando una familia se separa, la tenencia se modificaría, lo que llevaría a la existencia de escenarios distintos, en los cuales no se puede dejar de cumplir las obligaciones y derechos que irradian de la Constitución.

En el Ecuador se puede decir que a la tenencia se la entiende como: “La tenencia de los hijos podría conceptualizarse como una figura legal que faculta a los progenitores a la convivencia diaria con sus hijos para brindar el respectivo cuidado y responsabilizarse de todas las cuestiones relacionadas a los menores.” (Landázuri, J. 2021)

Entonces en efecto y volviendo a los posibles escenarios que se pueden dar por las crisis familiares que involucran la tenencia de las personas se tiene:

- Tenencia Negativa: ninguno de los progenitores desea hacerse cargo del niño, niña o adolescente, quedando estos bajo responsabilidad de un tercero.

¹ El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

² Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

³ La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

- Tenencia Unipersonal o Exclusiva: uno de los progenitores está bajo el cuidado del niño, niña o adolescente.
- Tenencia compartida: donde ambos padres tienen el cuidado del niño, niña o adolescente.(Ecotec, 2018).

Escenarios que son del todo preocupante y que son los que se dan en la realidad social del Ecuador, siendo esto así, se puede encontrar en nuestro sistema jurídico como los legisladores han intentado con distintas reglas dar solución a los varios supuestos existentes en este tema, por lo cual podemos ver que en el Ecuador se estipulan enunciados como los siguientes:

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. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior (CONA, 2003, Art.118)

Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores (CONA, 2003, Art. 119)

Por otro lado, se debe decir que, en el Código de Niñez y Adolescencia del Ecuador, existe el artículo 106, el mismo que también versa sobre la tenencia, en especial haciendo referencia a la tenencia unipersonal, lo cual será analizado en lo posterior en conjunto con otras variables, ya que el mencionado artículo hoy en la actualidad se somete a criterios de inconstitucionalidad por su contenido, y la problemática que en lo social causa.

En fin, se debe decir que la tenencia es una figura que faculta a los padres el convivir diariamente con sus hijos prestándoles el cuidado y auxilio necesario para el desarrollo de sus derechos, pero esta figura no puede ser ejecutada de manera conjunta por los padres

⁴ Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. (...)

cuando los mismos se encuentren separados, por lo que es necesario que existan mecanismos que ayuden a dar solución a este conflicto, sea por voluntad de las partes, o por decisión de un tercer imparcial, de ser el caso de ser solucionado por un tercer imparcial, el mismo deberá aplicar las normas existentes en el sistema jurídico, lo que en el caso de Ecuador causan un inconveniente y malestar, ya que en el Ecuador, dichas normas son reflejo de una cultura jurídica patriarcal, que apuesta a la existencia de la tenencia unipersonal y de preferencia maternal, sin tomar en cuenta las distintas situaciones que se pueden dar en los entornos familiares, en donde debería privar los principios de interés del niño, unidad familiar, y corresponsabilidad parental que se encuentran estipulados en la Constitución del Ecuador 2008.

2. La tenencia en el Derecho comparado.

Ahora bien, asimismo la noción de tenencia no es ajena en el marco normativo internacional, ya que, en el Texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), se manifiesta:

(...). Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

(...)Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (Art. 9, #1 & 3)

Por lo tanto, no es de extrañar que varios Estados tengan normativas semejantes referente a la temática, e incluso dichas normativas sean más progresistas que la del Ecuador en el ámbito de tenencia compartida, en donde el Ecuador aún tiene mucho que legislar, debido a las anomias existentes sobre este tema. Esto se puede ver reflejado en el Ecuador revisando sentencias como la del *matrimonio civil igualitario*, en donde se obligó al sistema jurídico adecuar la noción de que requisitos son necesarios para constituir una familia, lo que provocó que el artículo 67 de la Constitución no pueda ser interpretado de forma integral y sistemática con el artículo 68, pues si bien el artículo 67 en su alcance reconoce a las parejas homosexuales los mismos derechos que una pareja heterosexual, en el artículo 68 existe una premisa restrictiva a dicho derecho, pues dicha premisa, prohíbe la adopción a parejas de distinto sexo, lo cual deberá ser analizado en un futuro por la Corte Constitucional y la asamblea, esto con el fin de dar solución a esta antinomia, antinomia que en el caso de ser solucionada en pro a la adopción homoparental, deberá contemplar y desarrollar normas que ayuden a dar solución en el supuesto de separación de la familia homoparental, con esto se quiere decir, a quien de los padres homosexuales se le preferiría la tenencia del niño, ya que según nuestra legislación, la preferencia se le debería dar a la madre, llevándonos al dilema de quién es madre, y quién es padre.

Por otro lado, se puede notar como en la legislación latinoamericana se recoge de forma general las consideraciones determinantes para la tenencia de los hijos de familia, atendiendo a los parámetros de edad y sexo para la preferencia en la tenencia a la madre; atendiendo a esa minoría llámese de 5 años como en los Código Chileno, argentino y venezolano; pues por otro lado en el Ecuador se considera la edad de doce años, y se da la preferencia a la madre. (Rosado, N. 2017, P. 22)

Por otro parte, en cambio se tiene normativas, en donde se puede claramente apreciar como la tenencia se trata desde una forma compartida, y no solo unipersonal con derecho a visitas del progenitor que no posee la tenencia del hijo de familia, como sucede en el Ecuador.

Tabla 1. Legislación sobre tenencia comparada.

País	Custodia compartida	Fuente que registra definición expresa
Argentina	Tenencia compartida	Artículos 206, 264 del Código Civil. Ley 23513 de 1987, Ley 26061 de 2005
Canadá	Custodia legal conjunta	1997 Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act
Chile	Tenencia compartida	Ley 26680 de 13 de junio de 2013
España	Custodia compartida	Ley 15 de 2005
Estados Unidos	Custodia física conjunta	35 Estados y un Distrito tienen legislación expresa
Francia	Guarda compartida	Artículos 372-2-11 y 373-2-12 del Código Civil
Italia	Custodia compartida	Artículo 6 de la Ley 898/1970
México	Guarda y custodia compartida	Código Civil para el Distrito Federal
Puerto Rico	Custodia compartida	Torres Ojeda vs. Chávez Sorge ex parte 118 dpr 469, Lev No. 223-211

Fuente y Elaboración: (Silva, M. 2020)

No obstante, en el Ecuador no se puede decir que no existe la tenencia compartida, pues una de las formas de obtener la tenencia, es la conocida tenencia por mutuo acuerdo, la misma que en el Ecuador se puede dar a través del método alternativo de solución de conflicto, “Mediación”.

3. La tenencia en la mediación.

De la Constitución de la República del Ecuador 2008 irradia y se reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos, lo cual quiere decir que en el caso de que exista voluntariedad para dar solución a un problema legal, se puede recurrir a esta forma de solución de conflicto, sin la necesidad de que un juez decida por las partes.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Título XI, Mediación, se estipula:

Art. 294.- Casos en que procede. -

La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

Art. 295.- Reglas especiales. -

Se llevará a cabo ante un Centro de Mediación de los señalados en el artículo siguiente.

Los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados.

Se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla.

(CONA, 2003)

Por ende, la mediación es un método alternativo para solucionar conflictos que tiene el Ecuador, en el cual los padres por mutuo consentimiento y basados en el conocimiento de sus condiciones de toda índole pueden llegar de forma extrajudicial a decidir sobre la tenencia del niño, acompañados de un profesional en materia de mediación que los guíe de forma correcta a llegar a lo más beneficioso para el niño y las partes intervinientes.

Pues no obstante a lo manifestado en este capítulo, es menester mencionar que en el Ecuador existen antecedentes de que el Ecuador está cambiando la situación referente a la tenencia de los hijos de familia, pues en la actualidad la Corte Constitucional ha establecido un precedente paradigmático que modificó la preferencia de la tenencia unipersonal a favor de la madre, ahora siendo el interés superior del niño el que prevalecerá sobre una ley con necesidad de reforma por vía legislativa.

Entonces se puede concluir que, la mediación es un método alternativo de solución de conflictos, eficaz para dar una solución voluntaria a conflictos que versen sobre tenencia de hijos en familias separadas, puesto que con dicho método se puede llegar a decidir la convivencia y cuidado del hijo de familia, con pleno conocimiento de la coyuntura familiar, y lo que es mejor para el niño, demostrando de esta manera que no es necesario el acudir a la justicia ordinaria para que se decida sobre estos temas.

CAPÍTULO 3.-

1. Antecedentes del Caso Nro. 28-15- IN expedido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador.

En el Ecuador es una realidad la existencia de crisis familiares, en donde la separación de los padres termina perjudicando de diversas maneras a los hijos, teniendo como consecuencia la necesidad de proteger y no dejar en desamparo a los niños, niñas y se nombre un responsable del cuidado y convivencia de los mismos, lo cual, en casos de desacuerdos entre los padres de familia, provoca dilemas tales como: ¿qué padre se queda con el hijo?, ¿Qué es lo mejor para el niño?.

Mencionados dilemas, al ser controvertidos, serán solucionados por un juez de familia, quién en el caso ecuatoriano, antes de la existencia del precedente constitucional Nro. 28-15-IN, era un simple juego subsuntivo formalista, es decir “se trata de “encajar” un caso individual en el supuesto de hecho de una regla para derivar así la ya referida calificación jurídica” (Lozada, 2015, P. 47), de esta forma sin tomar en cuenta el contenido externo que justifican a las premisas, simplemente aplicando una lógica deductiva que se fija en razones operativas, siendo este el caso de la preferencia maternal, la cual prefiere dar la custodia unipersonal maternal sin tomar en cuenta el principio de interés superior del niño, ni el de no discriminación que se consagra en la Constitución del Ecuador.

Pues se tiene como antecedentes que el año 2015 se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, a cuál se coadyuvaron varios *Amicus Curiae*, hasta que en noviembre del 2021 la Corte Constitucional dictó sentencia, declarando la inconstitucionalidad de fondo de las frases contenidas en el numeral 2 y 4 del artículo 106, aceptando de esta forma la acción pública de inconstitucionalidad. (Caso Nro. 28-15- IN, 2021)

De los argumentos vertidos por los intervinientes, se puede ver reflejado el debate manifestado en el presente trabajo sobre la existencia de estereotipos de género que no respetan el principio de igualdad, ni el de el interés superior del niño que conforman el sistema jurídico vs la idea de que el artículo 106 no tiene validez alguna ya que el mismo atiende a temas biológicos, y que la mujer debe gozar de esta preferencia debido a que la maternidad es una función social, la misma que por motivos antropológicos, culturales,

sociales y biológicos hace que las madres respondan de mejor forma a las parentales. (Caso Nro. 28-15- IN, 2021)

Pues con todos los argumentos e identificando la problemática del caso, en el ejercicio de sus atribuciones, la Corte Constitucional para llegar a su decisión realizó un control abstracto de constitucionalidad, ya que su decisión y análisis referente a los argumentos que esgrimen sobre el artículo 106 tuvo como objeto el garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se debe decir que en este caso la identificación y expulsión de la norma permitió que el sistema jurídico se armonice, no obstante, quedó la necesidad que la Asamblea Nacional del Ecuador cree una norma que satisfaga de mejor manera la amplia casuística de la Tenencia Parental.

2. Análisis del Caso Nro. 28-15- IN expedido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador.

El caso Nro. 28-15- IN expedido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, se evidencia la evolución del derecho de familia ecuatoriano de forma significativa, en vista que el mismo cambia la regla de preferencia preferida a la madre en la tenencia, por una preferencia parental basada en los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del niño. Pues como se ha ido describiendo en el presente trabajo, el artículo 106 como la institución de familia en el Ecuador tienen concepciones patriarcales, debido a que los mismos atienden a roles establecidos por el género y el sexo, es por esto que fue una necesidad para el Estado ecuatoriano el cambio de esta visión retrograda que es limitante de derechos para los niños, niñas y perjudica tanto al hombre como a la mujer en el desarrollo de sus derechos y obligaciones con los hijos.

Ahora bien, para sustentar lo manifestado en el párrafo anterior, es necesario hacer un breve análisis a las cuestiones que generan el problema jurídico del tema tratado.

2.1. Problemas jurídicos del caso.

Al existir en el Ecuador separaciones de familias, en donde ambos padres de familia no se pongan de acuerdo en la tenencia de los hijos de familia, existirán conflictos que deberán ser solucionados por vía judicial, por lo tanto, es necesario que existan reglas

aplicables, acorde la Constitución, que sirvan a los jueces a llegar a decisiones justas en el encargo de la tenencia de los hijos.

En cuanto a las reglas, se deben decir que no todas son justas, o funcionan de forma eficiente, ya que las mismas son construcciones jurídicas que provienen de procesos históricos y las distintas necesidades de las sociedades. Lo antes manifestado se puede apreciar en la regla existente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), en el artículo 106, numerales 2 y 4, ya que de la misma se puede mencionar que el constituyente al momento de crear dicha regla, la valoro en un sentido histórico, cultural y biológico, más no basó su contenido en lo que hoy impera en la Constitución del Ecuador 2008, lo que es obvio pues el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) fue promulgado en el año 2003.

Esto hecho ha tenido como consecuencia la existencia de dos problemas jurídicos a analizar y dar solución en el Ecuador, los cuales, para la Corte Constitucional, como para esta investigación son:

- 1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA)?**
- 2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental? (Caso Nro. 28-15- IN, 2021, Párrafo. 118)**

2.2.Consideraciones.

En cuanto en esta investigación, ya se ha aprehendido la información necesaria, para entender y dar solución a las interrogantes antes mencionadas, pues como antes se mencionó, se debe entender primero, ¿Cuál es el alcance de la norma?, en vista que la misma habla de patria potestad y tenencia al mismo tiempo, dado que el contenido de la norma es el siguiente:

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

1. • Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
2. • A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
3. • Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
4. • Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
5. • En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
6. • En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (CONA, 2003, Art.106).

Pues bien, para el objeto de estudio del siguiente trabajo, es necesario citar la norma completa, más no se hará un análisis de todas las premisas que consta de la misma, no obstante, las premisas de estudio serán los numerales 2 y 4 del presente artículo.

Por consiguiente, se debe manifestar que, en dichos numerales, se evidencia que el legislador hace referencia a la tenencia, en cuanto que, al separarse los padres , ellos no pierden derechos y obligaciones hacia el hijo , por lo tanto, la norma alude al hecho del encargo de la convivencia y cohabitación, más no excluye, suspende o limita los ejercicios de cuidado, crianza, alimentación, u otros elementos parte de la patria potestad.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional del Ecuador hace una explicación, en donde delimita el alcance de la norma, contextualiza los términos de “Tenencia” y “Patria Potestad” con el fin de motivar y dar a entender de mejor manera su actuación, vertiendo el siguiente argumento.

En función de la patria potestad, tanto el padre como la madre tienen el derecho de supervisar el desarrollo integral de NNA, y el deber de cuidado (primer ámbito), así como la representación y administración de sus bienes (segundo ámbito). No obstante, por la separación o divorcio –figuras que usualmente impiden la convivencia y la cohabitación– la tenencia se asignará a uno de los progenitores. De esta forma, uno de los mecanismos para ejercer la patria potestad es la tenencia; sin embargo, como quedó anotado, no es la única forma para ejercerla, ya que el ejercicio de la patria potestad también supone obligaciones de educación o de representación judicial y extrajudicial, entre otras. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021, Párrafo. 129)

Una vez comprendido esto, la norma objeto de análisis versa sobre reglas para encargar la tenencia, reglas que debido a su contenido de preferencia materna sobre la paterna son contrarias a la Constitución y no armonizan de manera adecuada con principios rectores como la igualdad, la corresponsabilidad parental, y el interés superior del niño.

En cuanto a las interrogantes planteadas y otras consideraciones que vierte la Corte Constitucional del Ecuador, se debe mencionar el siguiente análisis; el derecho de igualdad y no discriminación, es una norma *Ius Cogens*, en cuanto la misma se encuentra en una posición jerárquicamente superior en el sistema jurídico ecuatoriano, es imperativa, y sus obligaciones son de carácter *Erga Omnes*, por lo tanto, cualquier norma de menor jerarquía que se contraponga a este principio, carecerá de validez. Siendo esto así, en el Ecuador, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado precedentes sobre este principio con el fin de garantizar la no existencia de prácticas discriminatorias, y la existencia de la igualdad ante la ley. (Caso Nro. 28-15- IN, 2021, Párrafo. 140 & 141)

Pues, ahora bien, en el caso analizado, la Corte Constitucional realizó un test de razonabilidad con el objeto de determinar si el contenido del artículo 106, en sus numerales 2 y 4 es contrario al principio de igualdad establecido en el Constitución e instrumentos internacionales. Para esto se observa que la norma en análisis contiene una distinción entre mujeres y hombres, distinción que se hace para el encargo de la tenencia de un hijo de

familia, por lo tanto, es evidente que el artículo 106, numeral 2 y 4 genera un trato diferenciado en virtud del sexo, en cuanto la misma da preferencia a la mujer.

La regla de la norma impugnada contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre, tal como mencionó la representación de la Asamblea Nacional. Es decir, las justificaciones en las que la norma radica son: (i) favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; (ii) encargar la tenencia a la madre por sus “aptitudes connaturales”, su “función social” y por ser “dadora principal de cuidado”; (iii) agilizar procesos de tenencia, por una razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; y, (iv) garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta (a) la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los padres y lo propensas que se encuentran a la pobreza y (b) la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer. (Caso Nro. 28-15- IN, 2021, Párrafo. 157)

Entonces, entendiendo que el objeto legítimo de la norma es la protección de la mujer y el interés superior del niño, basado en roles de género. La Corte Constitucional considera lo siguiente en el Test; Idoneidad de la norma, necesidad de la norma, y proporcionalidad.

Idoneidad: La norma no es idónea según los escenarios de justificación de la misma, pues la norma no justifica la regla de preferencia maternal está vinculada con un mejor desarrollo y protección con el interés superior del niño, más bien la misma basa su justificación en estereotipos y roles de género que crean situaciones de desventajas entre los padres de familia. Por otro lado, en cuanto a garantizar la autonomía y protección de la mujer, la justificación es válida, pues las mujeres han vivido históricamente en contextos de violencia y desventaja frente al hombre. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021)

Necesidad: En cuanto a la necesidad, se manifiesta que en la norma analizada no debería primar la noción adultocéntrica, es decir que la norma centra su atención más en los adultos que en los niños, niñas, y adolescentes, puesto que los derechos de los padres de familia están por encima del interés superior del niño, pues el principio del interés superior del niño debería ser atendido caso por caso, antes que el sexo de los progenitores. Por lo tanto, existen otras medidas alternativas que ayudan de mejor forma a proteger el interés superior del niño, al mismo tiempo que afectarían en menor medida los derechos involucrados de los padres de familia, y las mujeres. Teniendo entre estas opciones: la tenencia compartida, el fortalecimiento de políticas públicas para la igualdad de género,

provocando esto que la norma no sea necesaria, en vista que existen otras formas de garantizar la autonomía de la mujer y el interés superior del niño. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021)

Proporcionalidad: El pronunciamiento de la Corte Constitucional en este sentido es que la norma analizada no tiene el debido equilibrio entre la protección y el derecho de igualdad, en vista que se sacrifican principios de mayor peso que los que se quieren proteger, pues la preferencia materna restringe el derecho a la igualdad, la corresponsabilidad, y el principio del interés superior del niño, partiendo de una justificación basada en el sexo de los padres de familia y en el rol de género producto de procesos socio-culturales. Lo mencionado afecta al hombre al momento de solicitar la tenencia del hijo, como al niño pues la norma limita a que se examine de forma íntegra las condiciones que repercuten en sus derechos, al mismo tiempo que incluso afecta a la mujer, pues se le carga el cuidado del niño, por su sexo, lo que podría llevar a afectaciones en su crecimiento profesional. Por lo antes expuesto, la norma no supera el test realizado, y se la declara inconstitucional. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021)

Aparte de estas consideraciones para dictaminar como inconstitucional la norma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), también la Corte Constitucional va a analizarlos siguientes motivos referentes al interés superior del niño: “La Corte Constitucional, en múltiples sentencias, ha establecido que el interés superior de NNA debe ser una consideración primordial y tendrá protagonismo en las decisiones concernientes a NNA” (Caso Nro. 28-15-IN, 2021, párrafo 200), por lo tanto el artículo analizado no cumpliría con este parámetro, puesto que la misma tiene al interés superior del niño como una condición, y no como la regla para el encargo de la tenencia, siendo esto contrario a precedente vinculantes, e incluso a instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

(...) las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso. (Comité de los derechos del niño, 2013, Párrafo. 67)

Entre otro de los motivos que se tiene para declarar inconstitucional la norma antes mencionada referente al principio del interés superior del niño, es la necesidad de preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones padres de familia e hijos de familia, ya que se debe tomar en cuenta que, la norma analizada refuerza la separación familiar, e impide que se mantenga un buen mantenimiento de relaciones entre los miembros de la familia.

Al respecto la Corte Constitucional hace mención a lo que se contempla en la Convención sobre Derechos del Niño (1990): “(...) el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (Art. 9 # 3).

Con esto se quiere decir que el encargo de la tenencia a la madre de familia de manera preferencial, podría atentar contra la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares. En vista que la norma establece una obligación al padre de familia, el cual debe probar que la madre de familia no es apta para tener la tenencia del hijo de familia. Esto lo que hace es generar conflictos que conllevan a formas de violencia intrafamiliar y de género, así como insta a que exista distanciamiento familiar por parte del padre de familia, y a su vez en la forma de familia ampliada. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021, Párrafo. 218)

Por otro lado, la sentencia en respuesta a la cuestión planteada de si el artículo 106, numerales 2 y 4 violan el principio de corresponsabilidad parental, manifiesta lo siguiente; el artículo 69, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador 2008 estipulan que se promoverá la paternidad y maternidad responsable, más aun cuando el hijo de familia se encuentre separado de sus padres por cualquier motivo, lo que es concordante y guarda armonía con la Convención de los Derechos del Niño, la cual en su artículo 18 hace referencia en que en principio, ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza del niño. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021)

Entonces se debe entender a la corresponsabilidad parental como un principio que guía la actuación de los padres de familia, respecto a sus hijos, esto quiere decir que el principio guía a la existencia de un reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres de familia, hacia los hijos de familia. En casos de crisis familiares como la separación o el divorcio, la corresponsabilidad parental implica las mismas obligaciones y deberes entre

la relación jurídica antes mencionada, claro, todo esto considerando el interés superior del niño. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021, Párrafo. 224)

Pues bien, con lo antes dicho, se debe decir que la norma analizada no es acorde a este principio, pues al dar una preferencia de encargo materno, la misma no distribuye de manera equitativa la guarda y la tenencia, ya que la tenencia es confiada a la madre de familia por el hecho de ser mujer, sin tomar en cuenta que existen otras alternativas que pueden beneficiar de mejor manera al desarrollo de este principio, siendo esto una tenencia compartida, o el evaluar cada caso a falta de acuerdo de los padres de familia, poniendo énfasis en la satisfacción del interés superior del niño. Pues con lo antes mencionado, la regla es contraria al principio de corresponsabilidad parental, y a su vez al principio del interés superior del niño, cual es fundamento de la corresponsabilidad parental. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021)

2.3.Decisión.

Por todo lo antes expuesto y analizado, la Corte Constitucional declara inconstitucional a la norma analizada, ya que la misma es contraria a los principios del interés superior del niño, a la corresponsabilidad parental, y al principio de igualdad y no discriminación, por tanto, la norma debe ser expulsada del sistema jurídico.

La Corte estima que las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” son contrarias a la CRE, y, por ende, declara su inconstitucionalidad por el fondo. (Caso Nro. 28-15-IN, 2021)

En cuanto a la expulsión de la norma, la Corte Constitucional dejó parámetros provisionales, para que los jueces los apliquen al momento de decidir en procesos donde se trate la tenencia de niños, niñas, sin que se considere la situación económica y de género para decidir.

Los parámetros provisionales dictados por la Corte Constitucional (2021) son los siguientes:

- i.** Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.
- ii.** Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para

- satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.
- iii.** Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica l
- patrimonial y vicaria.
 - iv.** Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.
 - v.** Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.
 - vi.** Se respetará la identidad de NNA.
 - vii.** Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.
 - viii.** Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.
 - ix.** Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.
 - x.** Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.
 - xi.** Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de NNA que sirva para determinar su interés superior.
 - xii.** Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar. (Párrafo. 218).

Se debe decir que todas estas directrices dadas en el dictamen del caso, tienen como objeto en común, el establecimiento de parámetros para poder evaluar el interés superior del niño, y los mismos se deberán usar hasta que la Asamblea Nacional conciba una nueva norma para encargar la tenencia de los hijos de familia.

En otro sentido, la Corte Constitucional advierte que existe una necesidad de una reforma legislativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), pero en vista que la Asamblea Nacional está elaborando el “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”; los legisladores deberán tomar en consideración los argumentos expuestos en el caso Nro. 28-15-IN.

También en el dictamen constitucional se dispone a instituciones como el Consejo de la Judicatura, a la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, a que diligencien e incentiven actuaciones que tenga como fin la garantía y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como también de las mujeres.

De todo lo manifestado, la actuación que tiene la Corte Constitucional, tiene como fin buscar que no exista una norma injusta, pues la norma analizada basa su justificación en estereotipos y roles de género, lo cual afecta en el ámbito social como en la armonía de un sistema jurídico constitucional de derechos y justicia, por lo cual según esta investigación era, y fue necesario la expulsión de dicha norma, ya que, de no ser así, se permitiría que exista una norma contraria a principios rectores al derecho de familia, siendo estos el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental, y el derecho a la igualdad.

CONCLUSIONES.

Como conclusiones del presente trabajo exploratorio descriptivo, se tiene que, el Ecuador ha sido un país forjado en valorizaciones de orígenes Greco-Romanos y católicos, se evidencia que dichos orígenes dotaron al Estado ecuatoriano con concepciones de tipo patriarcal, tanto en lo socio-cultural como en lo jurídico. Esto perpetuo la existencia de roles de género y estereotipos en el proceso histórico ecuatoriano, lo cual fue reflejado por el constituyente al momento de crear el artículo 106, numerales 2 y 4, en vista que su contenido tiene como justificación la postura de que el hombre provee, mientras que la mujer cuida.

Pues bien, de la investigación también desprende que la promulgación de la Constitución de la República 2008 provocó un cambio paradigmático en el derecho ecuatoriano, en cuanto que la Constitución pasó a tener un carácter normativo, por ende, sus disposiciones son de directa e inmediata aplicación, a la vez que los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador también obtuvieron el carácter de vinculante para el Estado ecuatoriano, haciendo que esto provoque que se respete, garantice y adecue nuestro sistema jurídico a los valores y principios establecidos por el sistema constitucional de derechos y justicia vigente en el Ecuador.

Al respecto con el derecho de familia, el mismo va en evolución y adecuación con esta nueva visión Neoconstitucionalista, ya que se pueden ver cambios paradigmáticos con hitos como el matrimonio civil igualitario, u el caso del encargo parental no necesariamente preferencial hacia la madre. Estos cambios son fiel reflejo de que el sistema jurídico ha cambiado de una visión legalista, formalista, a una visión más realista y post-positivista. Pero por otra por otra parte se debe decir como crítica, que de la investigación refleja que, en el Ecuador las definiciones del derecho de familia tienden a ser confundidas, ejemplo de ellos es: la Patria Potestad vs La Custodia, u la Custodia con Tutela, Tenencia, Guarda.

Por otro lado, también se debe decir que en el Ecuador sigue existiendo una preferencia unipersonal pese que exista el precedente constitucional, ya que en el Ecuador no existe una norma que refiera a la tenencia compartida, más bien se establece una preferencia unipersonal, bajo ciertas condiciones. Es por esto que en la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador se menciona y exhorta a que en el nuevo “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes” se valore en razón a la existencia de una tenencia compartida como una alternativa a tener en el sistema jurídico ecuatoriano.

Entre otras conclusiones, lastimosamente se puede manifestar que en el Ecuador ha existido históricamente conductas que afectan a las mujeres, tanto en cuestiones de violencia psicológica, física de forma generalizada y sistematizada, por lo cual existe una necesidad que el Ecuador cree e incentive políticas públicas con el fin de eliminar y mitigar cualquier actuación que vulnere los derechos de las mujeres.

Referente concretamente al caso Nro. 28-15-IN expedido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, el precedente constitucional era necesario, pues el mismo ayuda a erradicar los estereotipos y roles de género en la institución de la tenencia, a la vez que exhorta a la adecuación del derecho de familia ecuatoriano a que este acorde a los principios rectores que subyacen y son parte de nuestra Constitución. En cuanto lo que respecta al artículo 106, numerales 2 y 4, el precedente demostró que son contrarios a los principios de igualdad, corresponsabilidad parental, y el interés superior del niño. De esta forma aseverando lo que este trabajo plantea.

RECOMENDACIONES.

De los resultados arrojados en el presente trabajo desprende que en lo que versa sobre la tenencia, el Ecuador ha dejado lagunas jurídicas que son necesarias subsanar, pues si bien es cierto que existe una normativa que intenta regular el tema, la misma no es tan amplia y suficiente para poder solucionar casos difíciles, puesto que en el Ecuador hay casos que necesitan ser analizados en sus particularidades, es por esto que en el presente trabajo se considera que no basta solo con el precedente constitucional emitido por la Corte Constitucional, más bien los legisladores deben dar prisa a los proyectos de ley que versan sobre la tenencia, y dar soluciones tales como una tenencia compartida, figura inexistente en nuestro sistema jurídico, pero de la cual la academia y la doctrina mencionan.

Pues como considerandos a favor de legislar la “Tenencia Compartida” en el Ecuador, existen como antecedentes archivos en la prensa ecuatoriana, los mismos que hacen alusión a la necesidad de que se cree la figura de tenencia compartida, así como también se tiene otras razones jurídicas, tales como, la Constitución e Instrumentos Internacionales, de igual forma se puede tomar como sustento de la necesidad de creación de una figura de tenencia compartida en el Ecuador, el contenido de la sentencia analizada en este trabajo.

Por lo antes mencionado, se recomienda legislar la tenencia compartida en el Ecuador, ya que la misma dará paso a los jueces que al momento de resolver la situación jurídica de los hijos de familia referente a su cuidado, el Juez pueda conceder la tenencia compartida, más no solo aplicar una norma que conceda la tenencia unipersonal, esto se recomienda con el fin de que los padres de familia, asuman de manera corresponsal los derechos y obligaciones emocionales, afectivas y parentales, concurriendo de esta manera ambos padres de familia a realizar sus compromisos comunes sobre los hijos.

Con lo antes manifestado, en el nuevo Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, deberían constar normas que digan lo siguiente:

Norma 1.- De la tenencia. La tenencia es un atributo y un mecanismo para el ejercicio de la patria potestad y la corresponsabilidad parental. En tanto, se refiere a quién ejerce la convivencia diaria con los hijos de familia.

A falta de acuerdo entre el padre de familia y en los casos previstos en la ley, el juez asignará el cuidado, atención y convivencia diaria de los hijos de familia, garantizando su interés superior.

Norma 2.- Regímenes de tenencia. Con el fin de precautelar el interés superior del hijo de familia, el juez podrá fijar uno de los siguientes regímenes de tenencia, motivando el porqué de su decisión:

- 1) Tenencia Compartida.
- 2) Tenencia Unipersonal.
- 3) Tenencia otorgada a un familiar.

Norma 3.- Reglas para el encargo de la tenencia. El juez resolverá siempre tomando primero en cuenta el interés superior del hijo de familia, y acorde el principio de corresponsabilidad parental. El juez remitirá el proceso a un centro de mediación sorteado, con el fin de que las partes solucionen de manera voluntaria el conflicto, de ser el caso que las partes no solucionen voluntariamente su conflicto de tenencia, el juez resolverá en audiencia considerando lo siguiente:

1. La opinión del hijo de familia que esté en condiciones de formarse un juicio propio tomando en cuenta su edad y grado de madurez.
2. La edad, necesidades y cuidados específicos del hijo de familia.

3. Pericias e informes de las instituciones técnicas, y otros medios probatorios.
4. Las condiciones biológicas, sicosociales de los padres de familia y, en los casos que corresponda, de los familiares hasta cuarto grado de consanguinidad.
5. Todos los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Pues estas son ejemplos de reglas que se deberían contemplar para la instauración de la tenencia compartida en el Ecuador, aunque es obvio que se debería desarrollar más sobre normas que a la tenencia refieren, pues queda pendiente el tema de cuando se debe preferir una tenencia sobre otra, y que reglas deberían existir para la improcedencia de la tenencia, en cuanto que también quedan otros aspectos que referirse, tales como: periodos de convivencia de la tenencia compartida, periodos de vacaciones, alimentos, régimen de visitas, entre otros, que no serán analizados y recomendados con normas en este trabajo, pues el mismo es un trabajo exploratorio descriptivo, que nos ayudó a identificar más problemas a resolver, y que existen en los sistemas jurídico.

Por consiguiente, la última recomendación de este trabajo, es exhortar a los distintos órganos e instituciones del Ecuador, a que se opte por la desjudicialización en temas que puedan ser solucionados por mediación, pues este método alternativo de solución de conflictos, es menos gravoso para las relaciones interpersonales de la familia, pues no enfrenta a las partes a un litigio que incentiva a la existencia de violencia entre los miembros de familia.

BIBLIOGRAFÍA.

Código Civil Ecuatoriano, (1970). Registro Oficial Suplemento 104 de 20-nov.-1970

Ultima modificación: 24-jun.-2005 Estado: Codificado. Obtenido de:

http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=HISTORIC-CODIGO_CIVIL_1970. El (15-05-2022).

Código Civil Ecuatoriano [Código Civil.]. (2005). Registro oficial suplemento 46 de 24 de junio del 2005. Reformas en registro oficial suplemento 08-julio-2019. (Codificación 2005- 010).

Código de la Niñez y Adolescencia, (2003). Registro Oficial 737. Última Reforma 14 de mayo de 202.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial [Comité de los derechos del niño]. (2013) Doc. CRC/C/GC/14. Obtenido en:
https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990 .El (10-04-2022).

Constitución Política de la república del Ecuador [Const.]. (2008). Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en el registro oficial suplemento del 9 de julio de 2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"[CADH]. (1969, 22 Noviembre). Obtenido de:
<https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>. El (06-04-2022).

Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Obtenido de: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion>.El (10-04-2022).

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948, 10 de diciembre).

Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de:

<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. El (07-05-2022).

Diccionario de la lengua española [RAE], (23.^a ed), <https://dle.rae.es>. Obtenido de:
<https://dle.rae.es>. El (10-05-2022).

Ecotec.(2018). *Tenencia*. Obtenido en:

https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2018B_DER241_01_86841.pdf .El (10-04-2022).

El Comercio. (2017). “La tenencia compartida tendrá reglas, según reforma al Código de la Niñez”. *El Comercio*. Obtenido de:

<https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/tenencia-compartida-hijos-reglas-codigodelaninez.html>. El (20-05-2022).

El pleno de la corte constitucional del Ecuador. (2020). *Sentencia en la causa Nro. 28-15-IN/21* Obtenido de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1lYWJlTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=.El (10-04-2022).

Holguín, J. L. (2012). *Enciclopedia jurídica ecuatoriana Voces de derecho civil* (ed. universitaria). Voces de derecho civil Ecuador: Fundación Latino Americana Andrés Bello: FLAB. (primera reimpresión).

Landázuri, J. (2021). *La vulneración del interés superior del niño por la inexistencia de la tenencia compartida en el ecuador*. Repositorio de la Universidad de Guayaquil. Obtenido de:

<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/53136/1/Landazuri%20Cuero%20John%20B%20DER-TPrG%20051-2021.pdf>. El (10-05-2022).

La Hora. (2019). “La necesidad de legislar la Tenencia Compartida en el Ecuador”. *La Hora*. Obtenido de <https://www.lahora.com.ec/noticias/la-necesidad-de-legislar-la-tenencia-compartida-en-el-ecuador/>. El (20-05-2022).

Lozada, Ali, (2015). *Manual de Argumentación Constitucional Propuesta de un Método*. Quito. Obtenido de http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/2015_Manual_argumentacion_constitucional/2015_MAC.pdf

Marcel, J. (2011). *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Repositorio Universidad San Francisco de Quito. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/147374537.pdf>

Muñoz, D. (2020). *La evolución del matrimonio en el Ecuador vista desde un punto jurídico-social y cómo la Constitución de la República del Ecuador del 2008 repercute en la estructura jurídico-social con el matrimonio civil igualitario*. Repositorio Universidad de los Hemisferios.

Parraguez, L. (1998). *Manual de derecho civil ecuatoriano*. (3er Ed). Cuenca-Ecuador. Universidad Técnica Particular de Loja.

Pérez, C. M. (2012). *Derecho de familia y sucesiones, (1.er ed)*. México D.F.-México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pozo, R. R. (1999). *Derecho de familia (2.ª edición)*. Santiago-Chile: Editorial jurídica de Chile.

Rosado, N. (2017). *La tenencia, el procedimiento, derechos constitucionales y tratados internacionales del menor de edad*. Repositorio de la Universidad de los Andes. Obtenido de:

<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7217/1/TUAEXCOMMDf006-2017.pdf>.El (10-05-2022).

Silva, M. (2020). El desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y la tenencia compartida en Tungurahua. Repositorio de la Universidad Técnica de Ambato. Obtenido de: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31335/1/FJCS-POSG-199.pdf>

Tapia, D. A. (2009). *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*. Foro, revista de derecho No. 12 UASB - Ecuador / CEN .Obtenido de: <http://hdl.handle.net/10644/2296>. El (01-05-2022).

Torres, C. G. (2012). *Derecho Romano: una revisión sumaria (1.er ed)*. Loja-Ecuador: Dykinson S.L.

Zanoni. E. (2004) *Manual de derecho de familia (6ta Ed.)*. Buenos Aires-Argentina. Editorial Astrea

de Alfredo y Ricardo de Palma. Obtenido de:
file:///C:/Users/Owner/Downloads/Manual_de_Derecho_de_Familia_Gustavo_Bos.pdf .
El (10-04-2022).

