



1859



Universidad  
Nacional  
de Loja

# Universidad Nacional de Loja

## Unidad de Educación a Distancia

### Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derechos Humanos

#### La tenencia compartida y el derecho de igualdad formal y material.

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derechos Humanos

#### **AUTORA:**

Abg. Dolores Yadira Cabrera Torres

#### **DIRECTORA:**

Abg. María Isabel Espinosa Ortega. Mgs.

Loja – Ecuador

2023

## Certificación

Loja, 25 de agosto de 2023

Abg. María Isabel Espinosa Ortega. Mgs.  
**DIRECTORA DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

### **CERTIFICO:**

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración del Trabajo de Titulación denominado: **La tenencia compartida y el derecho de igualdad formal y material**, de autoría de la estudiante **Dolores Yadira Cabrera Torres**, con **cédula de identidad Nro. 1103848154**, previo a la obtención del título de **Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derechos Humanos**, , una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa.

Abg. María Isabel Espinosa Ortega. Mgs.  
**DIRECTORA DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

## **Autoría**

Yo, **Dolores Yadira Cabrera Torres**, declaro ser autora del presente Trabajo de Titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Titulación, en el Repositorio Digital Institucional - Biblioteca Virtual.

**Firma:**

**Cédula de identidad:** 1103848154

**Fecha:** 05 de septiembre de 2023

**Correo:** dolores.cabrera@unl.edu.ec

**Teléfono:** 0995246739

**Carta de autorización por parte de la autora, para la consulta, de reproducción parcial o total, y/o publicación electrónica de texto completo, del Trabajo de Titulación.**

Yo, **Dolores Yadira Cabrera Torres**, declaro ser autora del Trabajo de Titulación denominado: **La tenencia compartida y el derecho de igualdad formal y material**, como requisito para optar por el título de **Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derechos Humanos**, autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Titulación que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los cinco días del mes de septiembre de dos mil veintitrés.

**Firma:**

**Autora:** Dolores Yadira Cabrera Torres

**Cédula de identidad:** 1103848154

**Dirección:** Cdla. Clodoveo Jaramillo Alvarado

**Correo electrónico:** dolores.cabrera@unl.edu.ec

**Teléfono:** 0995246739

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**

**Directora del Trabajo de Titulación:** Abg. María Isabel Espinosa Ortega. Mgs.

## **Dedicatoria**

El presente Trabajo de Titulación lo dedico al Ser que me permite respirar cada día, y me da la oportunidad de un nuevo amanecer DIOS.

A mi madre Rosa Torres Rodríguez, por ser mi ejemplo a seguir, mi apoyo incondicional.

A mi compañero de vida mi esposo Edwin Chávez por su ayuda y comprensión.

A mi motor, los que me inspiran cada día para seguir y luchar, mi razón de vida mis hijos: Pablo Leonardo, María Paula y mi angelito Josué.

Y de manera especial este trabajo lo dedico a mi hermana menor Vanessa, que pese a la batalla que atraviesa no se rinde, es mi modelo de lucha y valentía.

***Dolores Yadira Cabrera Torres***

## **Agradecimiento**

Mi imperecedera gratitud a la Universidad Nacional de Loja, programa de maestría de Derecho Constitucional mención derechos Humanos, por la oportunidad brindada al permitirme ser parte de este prestigioso programa de estudios.

Este Trabajo de Titulación no hubiera sido posible sin el apoyo de grandes seres humanos que Dios puso en mi vida, y a ellos mi agradecimiento:

A la Dra. María Isabel Espinosa Ortega, Mgs. quien, con su paciencia, dedicación, sabiduría, conocimiento supo guiarme hasta la culminación del presente Trabajo de Titulación.

A todas las personas, profesionales y compañeros que de una u otra manera colaboraron para la realización de este Trabajo de Titulación.

***Dolores Yadira Cabrera Torres***

## Índice de contenidos

<b>Portada</b> .....	<b>i</b>
<b>Certificación</b> .....	<b>ii</b>
<b>Autoría</b> .....	<b>iii</b>
<b>Carta de Autorización</b> .....	<b>iv</b>
<b>Dedicatoria</b> .....	<b>v</b>
<b>Agradecimientos</b> .....	<b>vi</b>
<b>Índice de contenidos</b> .....	<b>vii</b>
Índice de tablas .....	viii
Índice de anexos .....	viii
<b>1. Título</b> .....	<b>1</b>
<b>2. Resumen</b> .....	<b>2</b>
2.1. Abstract .....	3
<b>3. Introducción</b> .....	<b>4</b>
<b>4. Marco teórico</b> .....	<b>6</b>
4.1. El derecho a la igualdad .....	6
4.2. El principio de igualdad y su incidencia en la tenencia de hijos e hijas .....	10
4.3. El principio del Interes Superior del Niño y la tenencia compartida como elemento juridico vinculante .....	13
<b>5. Metodología</b> .....	<b>18</b>
<b>6. Resultados</b> .....	<b>19</b>
<b>7. Discusión</b> .....	<b>23</b>
<b>8. Conclusiones</b> .....	<b>36</b>
<b>9. Bibliografía</b> .....	<b>38</b>
<b>10. Anexos</b> .....	<b>42</b>

**Índice de tablas:**

**Tabla 1.** Resultados de las entrevistas realizadas a profesionales que conocen el tema de derecho de igualdad y el tema de niñas, niños y adolescentes.....23

**Índice de anexos:**

**Anexo 1.** Preguntas para entrevistas .....43

**Anexo 2.** Fotografías con los entrevistados.....46

**Anexo 3.** Certificado de traducción del resumen.....48



## **1. Título.**

**La tenencia compartida y el derecho de igualdad formal y material**

## 2. Resumen

La presente investigación está enfocada en desarrollar un análisis con enfoque analítico de la figura jurídica de la tenencia compartida, y su relación directa con los principios y derechos reconocidos en el derecho constitucional ecuatoriano como es el de igualdad formal, material, y, no discriminación, así como la coyuntura que tiene con en el derecho internacional respecto de los derechos humanos. Así mismo, se considerará la relevancia y preponderancia del principio del interés superior del niño, el deber de corresponsabilidad de sus progenitores y el derecho de los niños y niñas a la convivencia familiar.

Bajo esta perspectiva, es menester indicar que desde la vigencia de nuestra Carta Magna, el Código de la Niñez y Adolescencia, ha tenido que ajustar su contenido adjetivo y procesal, para lograr la armonía entre los principios, derechos y garantías que promulga en su contenido el texto constitucional respecto de los niños, niñas y adolescentes; considerando además la incidencia directa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha emitido en el tema de la tenencia, lo cual es relevante en este proceso investigativo. Para la ejecución de la presente actividad académica, se recurrió a la utilización de un enfoque descriptivo, así como de los métodos de investigación inductivo y deductivo, el dogmático y el histórico; así como las técnicas de investigación orientadas a obtener la información jurídica necesarias, como las fichas de recolección y almacenamiento referencial de algunas citas jurídicas, de gran relevancia para proyectar el enfoque investigativo, el cual se materializó debidamente en esta actividad investigativa, a fin de llegar a la conclusión de que en nuestra legislación ecuatoriana, y por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se está dando pasos importantes en materia de igualdad, debido reconocimiento al papel de la mujer en la sociedad, y la debida vigencia de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, a través de este tipo de fallos.

***Palabras clave:*** *Igualdad, discriminación, tenencia compartida, interés superior del niño*

## 2.1 Abstract

The present investigation is focused on developing a critical and analytical approach to the legal figure of shared tenure, and its direct relationship with the principles contained in the Ecuadorian constitutional law of formal and material equality, non-discrimination, as well as the situation that it has with in international law regarding human rights. Likewise, the relevance and preponderance of the principle of the Best Interest of the Child, the duty of co-responsibility of their parents and the right of children to family life will be considered.

From this perspective, it is necessary to indicate that, since the validity of our Magna Carta, the Code of Childhood and Adolescence, has had to adjust its adjective and procedural content, to achieve harmony between the principles, rights and guarantees stipulated in its content of the constitutional text regarding children and adolescents; also considering the direct incidence that the jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador has issued on the issue of tenure, which is relevant in this investigative process. For the execution of the present academic activity, the use of a descriptive approach was used, as well as the inductive and deductive, dogmatic and historical research methods; as well as the research techniques aimed at obtaining the necessary legal information, such as the collection and referential storage records of some legal citations, of great relevance to project the investigative approach, which was duly materialized in this investigative activity, in order to reach to the conclusion that in our Ecuadorian legislation, and through the jurisprudence of the Constitutional Court, parity and due recognition of the role of women in society are being achieved, and due enforcement of the rights and guarantees of children and adolescents, through this type of failure.

**Keywords:** *Equality, discrimination, shared custody, best interests of the child*

### 3. Introducción

La presente investigación se refiere a la tenencia compartida y el derecho de igualdad formal y material de ambos progenitores; y al principio de interés superior del niño(a), en relación con los derechos recogidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para analizar esta problemática es necesario indicar que la Carta Fundamental vigente en nuestro Estado ecuatoriano, instituye principios, derechos y deberes que están direccionados a la protección íntegra y permanente de los niños, niñas y adolescentes, en distintos escenarios y momentos. De lo dicho, se debe enfatizar que la misma Constitución vigente, garantiza entre su amalgama de derechos, al derecho de igualdad formal y material, y, la no discriminación, así como los derechos de niñas, niños y adolescentes, como parte de los grupos de atención prioritaria; y la corresponsabilidad materna y paterna.

En este contexto, lo ideal es la regulación, garantía y aplicación de la figura jurídica de la tenencia compartida en igualdad de condiciones para ambos progenitores. Sin embargo, la legislación actual indica que el operador de justicia puede confiar la crianza y cuidado a uno de los progenitores, siguiendo las reglas establecidas para el efecto. Lo cual debe ser analizado a la luz de las obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, sin desconocer las realidades sociales. Además, el problema de investigación surgió tras evidenciar que, en la práctica judicial, no se respeta la corresponsabilidad parental, en el concepto de que ambos progenitores participen de forma permanente, activa y equitativa en la crianza y educación de los hijos cuando los padres están viviendo juntos o separados. Lo cual podría estar fundamentado en fuertes estigmas sociales que reproducen roles y estereotipos en los cuales las mujeres desempeñan el papel de cuidadoras y los hombres son los involucrados en la vida social, política, pública y los proveedores.

La investigación de esta problemática se la realizó por el interés de conocer cuáles son los retos que enfrentan los progenitores para ejercer la tenencia compartida, de qué manera solicitarla y la vía idónea para hacerlo, considerando la Sentencia No. 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, la cual es el precedente que explica ampliamente la proporcionalidad, equidad y corresponsabilidad a las que los operadores judiciales y sociedad, deben encaminar sus decisiones, en cuanto los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario señalar que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho natural y jurídico a disfrutar y vivir en familia, de preferencia con sus padres; y, a falta de estos, vivir con sus familiares, en los términos que la ley determina, considerando que la familia es el

medio adecuado para el crecimiento y el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes. Es en familia donde estos niños, niñas y adolescentes reciben la protección y la asistencia necesaria para poder asumir plenamente su desarrollo y responsabilidades en la sociedad.

Teniendo en cuenta que el desarrollo integral de las niñas y niños es responsabilidad de la familia, fundamentalmente de los padres; es el lugar idóneo donde se desarrollan las condiciones para el desenvolvimiento de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes.

Lo óptimo sería que en un proceso judicial por tenencia, cuando el juzgador o juzgadora tenga que decidir y resolver sobre este tema de tenencia de niños, niñas y adolescentes, se podrá apoyar y debería pedir la opinión de especialistas competentes, así como a la capacidad de los padres para ejercer esta tenencia, contando así con criterios objetivos para su decisión, y no basarla en roles y estereotipos de género que refuercen la desigualdad de las mujeres en la sociedad.

Al pedir el apoyo del equipo técnico con el que cuenta el sistema jurisdiccional del Consejo de la Judicatura, este ayudará a evaluar las condiciones de los padres, en caso de niños o niñas menores de 12 años, en el caso de ser mayores de 12 años, el juez deberá escuchar de manera reservada su opinión y su decisión, lo cual deberá tener suficiente madurez, para posteriormente, evaluar la relación que los padres mantengan entre sí, y así conocer la situación particular a exhaustividad, evitando cualquier tipo de violencia vicaria que podría presentarse.

La presente investigación está dividida en tres partes: en la primera parte, se estudia y analiza el tema del derecho a la igualdad a nivel constitucional; en la segunda parte se analiza el interés superior del niño; y, en la tercera se estudia sobre la tenencia compartida la necesidad que sea incorporada clara y efectivamente aplicada en nuestra legislación.

## 4. Marco Teórico

### 4.1 El derecho a la igualdad en la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) recoge un conjunto importante de derechos y garantías que protegen los derechos de todas las personas dentro del Estado ecuatoriano.

Históricamente, la CRE ha sido un texto baluarte donde se han depositado los resultados de luchas incesantes y valederas, de muchos grupos sociales y humanos que, en el transcurso del tiempo, fueron ignorados o descartados del contexto de importancia nacional. Según refiere Blacio (2014): “La protección de los derechos en el Ecuador, en forma completamente funcional, no adviene a nuestra normatividad legal hasta la década de los 90” (p. 7), lo que significa que, tras esta década, el conjunto de derechos y garantías fundamentales, estaban desprovistos de un contenido completo y practicable.

En el contexto de esta investigación, un hecho que trasciende es cuando se hace una distinción radical entre hombre y mujer, ya que:

(...) conlleva a una degradación de la figura femenina, desde la cima de las relaciones sociales puesto que, desde el nacimiento, se orienta a una situación de poder entre los niños y las niñas, lo que degenera en el machismo y otros problemas sociales (Zuleta, 2019, p. 4).

En este sentido, en nuestro continente se han realizado honestos y comprometidos esfuerzos, para que algunas condiciones propias del género, se adapten en las normas legales, y así, se logre una congruencia con el texto constitucional, sus derechos, garantías y principios (Del Campo & Magdaleno, 2008, p. 278):

Entonces, la igualdad como un derecho, ha sido un puntal que se ha ido forjando a través de la historia, pero que aún no ha conseguido su efectiva implementación. En Ecuador, la Constitución de la República recoge el principio y el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, y a partir de este hecho, es que se ha desarrollado los mecanismos necesarios para concretar positivamente la aplicación efectiva y eficaz del principio de igualdad (Cajas, 2011).

Lo que ha significado que ahora mismo, exista un escenario de protección apreciable a partir del texto constitucional, que es donde se considera válido el reconocimiento de estos años de luchas, y de las insignes mujeres que lograron dicho mérito. Para el efecto, resulta necesario establecer que nuestra Carta Fundamental, establece en su contenido la igualdad material y formal, como forma de reforzar y direccionar adecuadamente los derechos, y es por

esto que dispone el: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (CRE, art. 66, núm. 4).

Continuando, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en distintos precedentes jurisprudenciales sobre la igualdad formal y material, y que el contenido de la CRE respecto de este principio tiene dos fases o momentos:

(...) una formal, que “presupone un trato idéntico a sujetos – individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación”, y una dimensión material, que conlleva la obligación del Estado de adoptar acciones afirmativas, con el objetivo de equiparar el goce y ejercicio de los derechos de aquellas personas que se encuentren en situación de desventaja. (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 61-19-IN/21, núm. 31).

Empero, si efectivamente la norma constitucional y la jurisprudencia de la Corte.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha expresado que:

El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003).

De lo referido, es el máximo organismo de protección de Derechos Humanos, el que reconoce la coyuntura de una vulneración del derecho de igualdad con el de discriminación, siendo esto una consecuencia directa en la desproporción de las relaciones entre hombre y mujer.

Este hecho, es descrito a través de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), que en su parte pertinente expone:

(...) la expresión "discriminación contra la mujer" revelará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (s.p.).

Entonces, y de lo aportado, se debe considerar que el resultado de la inaplicación del derecho a la igualdad formal y material, genera la discriminación hacia la mujer como un acto que se percibe, según Ávila Santamaría (2012) como:

De iure porque el derecho, al ser dual y jerarquizado, establece en sus normas un trato desigual que termina restringiendo, limitando o anulando los derechos de las mujeres. De facto porque en su aplicación beneficia y favorece a los seres humanos que tienen características masculinas (p. 13).

Con los aportes referidos, y centrando la presente investigación, la Carta Magna, deja claro el establecimiento del principio de igualdad, cuando en esta categoría constitucional, aparece la igualdad formal y material para distinguir los principales presupuestos que la componen. Para enfatizar esta división de formal y material, se cuenta con el aporte de Piñas et al (2019), los que refieren que:

La igualdad formal o igualdad ante la ley es el derecho de todas las personas a tener la certeza de que vamos a ser protegidos por la ley de manera igualitaria, prohibiendo todo trato parcializado o diferenciado que propenda a ser injusto (...) La igualdad material o igualdad real, se diferencia de la formal principalmente en que no es simplemente algo intangible, un ente simplemente normativo. La igualdad real, trata de obtener algo materializado y práctico. De ahí que se la llame igualdad material (s.p).

Estos parámetros, se ven debidamente sustentados, en el hecho de que la CRE, en su contenido -a más del artículo 66 descrito *ut supra*- indica meridianamente que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) sexo, identidad de género. (...). La ley sancionará toda forma de discriminación” (CRE, art. 11, num. 2), lo que conlleva a reflexionar que, inequívocamente, el conculcar el derecho de igualdad formal y material, genera la discriminación hacia el género o el sexo femenino.

En este contexto, lo que pretende la CRE es que exista la aplicación de la igualdad, pero no como un simple enunciado, sino que sobre este principio, debe erigirse la igualdad material, formal y no discriminación (Cajas, 2011).

Este preciso razonamiento, aporta la esencia propia de la igualdad, corresponsabilidad y equidad en un Estado democrático. Estos principios aparte de constar como el dogma constitucional, deben ser concretados no solo en las relaciones humanas, sino en los espacios en los que la ley atiende y tutela su debida aplicación y vigencia, por lo que relacionarlos entre hombre y mujer, se constituye en un acto connatural e inherente en la función social de los derechos.

Por ende, la idea de una relación proporcional y equitativa en la tenencia de los hijos o hijas, es justa desde el enfoque de la igualdad y exigibilidad de un derecho, ya que “Un derecho es exigible cuando queda claro en las leyes las obligaciones del Estado en virtud de este con



sus titulares” (Sosa et. al, 2019), lo que supone que, si consta en la CRE, su aplicación es un efecto *per se*.

Lo que conlleva a pensar que no existe el obstáculo para lograr una tenencia compartida, sino que es el sistema social-jurídico el que ha causado el ritualismo de suponer a la mujer como la única responsable de asumir las riendas de una tenencia, por los roles y estereotipos de género socialmente asignados.

Basado en este hecho, y conforme la institución jurídica de la tenencia compartida, se debe comprender que el designar el cuidado, tenencia y supervisión de un niño, niña o adolescente a su madre, es por cuanto el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) establecía que: “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (art. 106, num. 4).

Así, se aprecia que la norma exponía sin reparos que el ejercicio de patria potestad y tenencia, se rige por la regla de preferir o elegir judicialmente a la mujer o madre para la tenencia, cuando las condiciones sociales, económicas o personales sean iguales, pero que no justifican en derecho el por qué debe ser la madre la que debe prevalecer en su derecho,

En este punto, y según dice Rivera (2017): “La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía (sic) siendo criticada como contraria y abusiva a la igualdad entre los géneros” (p.15).

Entonces, al referir el principio de igualdad como una guía para lograr un equilibrio entre el conjunto de derechos entre hombres y mujeres, su aplicación debería como tal estar en una superioridad sobre la norma legal y pautas sociales que inclinan la balanza a que se la mujer la que viva en un estado de perenne cuidado de sus hijos, aspecto que describe un detrimento al tantas veces mencionado principio de igualdad.

Avanzando en este esbozo, el ideal de lograr una tenencia compartida se ve reforzado por cuanto en legislaciones de la región (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica), se ha implementado esta figura jurídica, considerando algunos principios:

- (i) ambos progenitores deben tener el mismo estatus respecto de la crianza de sus hijos;
- (ii) los hijos deben gozar de igual tiempo de convivencia con ambos padres; y, (iii) la relación parento filial se basa en las relaciones de los progenitores con sus hijos, mas no de los padres entre sí (Universidad San Francisco de Quito, 2020).

Esta referencia, es significativa e importante, ya que, si se analiza el numeral iii), se denota que el espíritu de una tenencia compartida no está en que la relación de sus progenitores mejore o se establezca como nueva, *contrario sensu*, busca que sean los hijos los beneficiados

de esta tenencia, y las relaciones entre padres e hijos, sean beneficiosas y provechosas al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Contrario a lo que se ha alcanzado en Latinoamérica, Ecuador aún no adapta su dinámica legislativa y práctica jurídica a favor de la tenencia compartida, pese a los avances que constituye la referida sentencia de la Corte Constitucional, en la que incluso se señala que uno de los acuerdos a los que podrían llegar los progenitores, es justamente esta tenencia compartida.

Escenario que es identificable en el sistema judicial ecuatoriano, en donde por costumbre, se prefiere a la mujer para el cuidado de sus hijos, por lo que básicamente, las decisiones judiciales, persiguen un modelo básico en la figura de tenencia, sin entender que existe la posibilidad de lograr una tenencia, pero compartida.

Por lo que, asignar la tenencia de manera automática a la madre, puede atentar al derecho y principio a la igualdad y no discriminación, conforme se desprende del análisis realizado por la Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia No. 28-15-IN/21, ya que esto refuerza los estereotipos y roles socialmente asignados a las mujeres, como cuidadoras por naturaleza. Siendo así positiva la sentencia referida, sin embargo, no puede desconocerse lo planteado en varios *amicus curiae*, respecto de que quitar la preferencia materna, puede dar pie a situaciones de violencia, por lo que lo óptimo es que se evalúe caso a caso, siguiendo los parámetros otorgados por la Corte Constitucional del Ecuador y añadiendo un análisis exhaustivo de cualquier situación de violencia que podría presentarse.

#### **4.2 El principio de Interés Superior del Niño, y la tenencia compartida**

El escenario jurídico ecuatoriano, ha establecido al principio de Interés Superior del Niño, como uno de los presupuestos de mayor aplicación y cuidado en el orden institucional y privado, debido a que se jerarquiza a este grupo etario a través de las decisiones que se emiten en favor de todos aquellos niños, niñas y adolescentes, esto por cuanto este principio impone y dispone una jerarquización amplia y directa, un presupuesto dominante hacia las autoridades judiciales y no judiciales. (Cillero, 2013).

El Interés Superior del Niño, determina una hegemonía amplia y suficiente para ser aplicada en el orden de un Estado, lo que conlleva a entender que su existencia en el sistema judicial es el *sine qua non* directo: “puesto que se eleva de manera categórica la protección de los niños, niñas y adolescentes, ya no solo como un deber estatal sino también como uno de orden moral y legal de la sociedad” (Solís et al, 2022, p. 347), por lo que, en su esencia, debe ser considerada para una relación de tenencia compartida.

La Corte IDH, ha dicho en su vasta jurisprudencia que:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad (Corte IDH, caso González y otra vs México, núm. 408).

Lo que resalta la importancia de este principio en todo orden social y jurídico, aspecto que compromete al Estado a hacer efectiva cada una de las políticas y programas en pro de este principio, considerando que la Convención Americana de Derechos Humanos, privilegia a este grupo etario cuando determina que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19), en la cual, indefectiblemente, deriva a que se “de[ba] organizar la institucionalidad estatal, dictar normativa, planificar e implementar un conjuntos de mecanismos y medidas de toda índole” (UNICEF, 2019, s.p).

Lo descrito, reviste de vital importancia, ya que la referencia que antecede, presenta a la familia, la sociedad y el Estado, como los ejes sobre los cuales se proyecta la aplicación efectiva, eficaz e inmediata del principio de interés superior de Niño, lo que intuye a pensar que, prioritariamente, es la familia la que debe velar por el debido desarrollo, cuidado y protección del interés superior del niño.

En un primer y exclusivo momento, la familia es el núcleo primordial en donde el principio del interés superior del niño encuentra su principal solidez y consolidación, ya que como refiere Carbonell 2020 “se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las del tipo espiritual, afectivas y educaciones” (s.p); en segundo lugar, la sociedad, ya que: “para ello los padres encargados deben cumplir responsabilidades dentro de sus medios a fin de lograr las circunstancias de vida necesarios para lograr el progreso del niño, e incluirlo en la sociedad para su desarrollo” (Mendoza, 2022, s.p). En un tercer lugar, y sin restar importancia, el Estado, que será explicado progresivamente.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia vinculante, refiere de este importante principio que:

(...) el interés superior del niño es un principio orientado a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que impone la obligación a las autoridades judiciales y administrativas, y a las instituciones públicas o privadas de ajustar sus decisiones y acciones a este principio. Así, en todas las decisiones adoptadas por la administración de justicia que involucren a niños, niñas y adolescentes, el interés

superior del niño deberá ser una consideración primordial (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 239-17-EP/22, núm. 56).

Asimismo, y explayando la relación intrínseca del principio del interés superior del niño con los órganos jurisdiccionales, el máximo organismo de control constitucional expresa: “el interés superior de NNA debe entenderse como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento”. (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 200-12-JH/21, núm. 125).

Este concepto cobra sentido, cuando en las decisiones judiciales existe una tendencia clara a defender sus derechos y garantías, desde el momento mismo en que un acto de proposición, los niños, niñas y adolescentes (NNA en este texto) son resguardados por las normas legales, empezando por nuestra Carta Fundamental que dicta que:

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 (art. 44).

Basándose en esta referencia tomada del texto constitucional, es necesario señalar que la protección de NNA en nuestro país continúa renovándose continuamente, por lo que el principio de Interés Superior del Niño se refuerza, el cual está encaminado a satisfacer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; priorizando su desarrollo integral en los que se incluye el desarrollo en el entorno social, intelectual y familiar.

Contrario a esto, vemos que es la misma norma del CONA expone que: “Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos” (art. 9, inc. 2).

Entonces, es claro que el Interés Superior del Niño, está orientado a la protección íntegra, inmediata y efectiva de todos aquellos NNA que pueden verse afectados por decisiones que puedan comprometer su adecuado desarrollo. Bajo esta premisa, y conforme lo dice Murillo et al (2020):

Este principio visto como concepto jurídico busca evaluar la situación integral de los derechos de la niñez y la adolescencia ante eventos jurídicos contrarios a su bienestar; para esto se precisa de dos elementos fundamentales, la construcción del concepto como punto central y jerárquico del régimen de derechos humanos con respecto a las niñas, niños y adolescentes, y la existencia de una estructura normativa que permita su aplicación.

Por lo que es destacable que esta referencia, haga hincapié en que el bienestar de los NNA es lo que pretende asegurarse a través de la aplicación del Interés Superior del Niño, y cómo dicho principio, debe ser vinculado con una eventual tenencia que, a lo largo de esta investigación, ha sido claro que no debe sujetarse únicamente a la madre, en el sentido de que se perpetúa al género femenino como único en el tema del cuidado de dicho grupo etario.

Entonces, la tenencia compartida, debe poseer una aplicación directa con el principio de interés superior del niño, ya que son inherentes en su contenido y finalidad, por cuanto ambos buscan la protección directa de sus derechos y garantías, así como se ven debidamente representados los instrumentos internacionales que se han forjado para su existencia. En este contexto, Lekue (2005) aporta al decir: “Si convenimos en que el interés superior del niño(a) es su bienestar emocional –más que el físico y material–, habrá de determinarse si su derecho a ser cuidado por ambos progenitores es garantía de su bienestar emocional” (p. 55).

Ahora bien, resulta importante y trascendental, el mencionar que este hecho, ha sido un asunto que ha sido abordado por nuestra jurisprudencia, a través del máximo organismo de control constitucional como lo es la Corte Constitucional, que ha logrado emitir un referente que sirve de mucho para esgrimir un argumento que se relaciona en cuanto la tenencia y el derecho de igualdad entre ambos progenitores.

#### **4.3 La Tenencia compartida, a través de la sentencia No. 28-15-IN/21.**

Con fecha 24 de noviembre de 2021, la Corte Constitucional, expide la sentencia No. 28-15-IN/21, la cual realiza un estudio jurídico completo del artículo 106 del CONA -abordado en esta investigación- estableciendo como puntal la necesidad de equiparar y proporcionar la relación entre un padre y una madre, y considerar que esta corresponsabilidad debe existir en nuestro sistema judicial y familiar como una parte intrínseca de las relaciones entre padres e hijos.

El caso desarrollado por la Corte Constitucional, se inició en razón de la acción de inconstitucionalidad de propuesta el 01 de abril del año 2015, por cuatro mujeres -entre las que se incluyen a la jueza constitucional Daniela Salazar Marín- las cuales demandaban el vacío e inconstitucionalidad del artículo 106 del CONA, en sus números 2 y 4, ya que el contenido de estos numerales, establecen la tenencia a la madre, a pesar de la similitud y concordancia de las condiciones humanas, sociales y económicas de ambos progenitores. Se debe considerar que el desarrollo de esta jurisprudencia, parte desde el momento mismo en que las recurrentes, aseveran que estos numerales conculcan al derecho de igualdad, Interés Superior del Niño y corresponsabilidad.

En la estructura de este fallo, se colige la importancia y trascendencia del caso que ingresó a la Corte como una demanda de inconstitucionalidad, ya que la presencia de un importante número de *amicus curiae*, permitió que el criterio del juez ponente en esta causa - Enrique Herrería Bonet- logre establecer una resolución que recogió los principales criterios que se expusieron en el trámite de diligencia de este proceso constitucional.

Esta sentencia se constituye en un alcance cercano y significativo en el enfoque que se proyecta en esta investigación, ya que su estructura acerca el pensamiento contemporáneo en que el hombre y la mujer son iguales, y el solo hecho de ser mujer, no representa una tendencia a cumplir tareas de casa, cuidado de los hijos, actividades delicadas del hogar, o bien encargarse de cumplir un rol secundario o anodino.

El contexto de esta sentencia, parte directamente por establecer el escenario de la patria potestad que tiene un padre o madre sobre sus hijos, y la consecuencia de la tenencia: “Esto en virtud de que la norma impugnada prevé reglas para la tenencia —es decir el cuidado y la crianza— y no para una atribución exclusiva de la patria potestad, la cual no depende de la unión de los progenitores” (Sentencia No. 28-15-IN/21, núm. 130), lo cual dilucida el problema jurídico que se desentraña en este caso, y la diferencia que implica la patria potestad y la tenencia: “[t]anto el numeral 2 como el 4 del artículo 106 del CONA suponen una regla y una condición. La regla es la preferencia materna, y la condición el interés superior de NNA” (núm. 139).

Continuando con el análisis de este fallo, este proceso con las características presentadas también toma algunas de las principales circunstancias que han sido parte de lo que se ha referido en esta investigación, cuando se hace referencia a la tendencia de que sea la mujer, la que perennemente ha sido la que cumple con la función y tarea de cuidar, proteger y velar por el desarrollo de NNA.

Así se observa, que las condiciones propias del contenido de igualdad formal y material y no discriminación, son analizadas en la perspectiva y ejercicio de que esta práctica jurisprudencial, ya que la argumentación jurídica de este fallo direcciona el análisis hacia el género femenino y los escenarios de trato diferenciado o discriminación que se ha relatado *ut supra*. Repasando dicho, fallo se extrae una referencia que atañe a este pensamiento:

La norma impugnada establece un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como lo es el sexo, en lo referente a la mujer. En cuanto al sexo y a la clasificación mujer, este grupo (a) está sujeto a discriminación; (b) el grupo ha sido históricamente discriminado en mayor grado; y, (c) los individuos del grupo han sido

discriminados con base en factores inmutables que no podrían variar ni con la voluntad de la persona (Sentencia No. 28-15-IN/21, núm. 153).

Esta sentencia particularmente basa su contenido en que la tenencia compartida, es un hecho que podría generar un escrutinio estricto, ya “que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia” (núm. 156), y es por esto que esta especie, lo que busca en realmente exponer que, a la hora de estar presente en el cuidado, crecimiento, desarrollo y protección de un NNA, el género o el sexo del progenitor, es indiferente, desde todos los ámbitos, más aún cuando “se observa que la regla perpetúa estereotipos y roles de género y crea una situación de desventaja entre los progenitores, al imponer una carga a la madre por el solo hecho de ser mujer” (núm. 182).

Continuando, y en el avance que la realiza la Corte Constitucional, se revelan importantes y válidas conclusiones previas, que se exponen como la presente: “Así, se encuentra que la regla de preferencia materna no es necesaria, pues existen otras posibilidades para garantizar la autonomía de la mujer tomando en cuenta que, generalmente, son dependientes económicamente y son propensas a situaciones de pobreza” (Sentencia No. 28-15-IN/21, núm. 188).

Una segunda conclusión previa, se manifiesta cuando la Corte Constitucional, aproxima una idea central de la tenencia compartida, al referir que:

[e]xisten otras medidas alternativas como la coparentalidad o tenencia compartida –en sus múltiples manifestaciones– que evitarían una transgresión a principios constitucionales, en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo o cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores. (Sentencia No. 28-15-IN/21, núm. 190).

Así las cosas, el sentido de esta investigación, encuentra una base de refuerzo en esta resolución de la Corte, por cuanto, la finalización de este proceso, estableció que el Interés Superior del Niño, está por encima de cualquier disposición que, como tal, busque direccionar la misma línea medieval de considerar a la mujer como la única encargada del cuidado de NNA y del hogar; y que el hombre asuma el rol de proveer el dinero para la familia, y actividades o sacrificios personales físicos o fuertes, o que su intelectualidad supere a la del género femenino.

La sentencia No. 28-15-IN/21, en su numeral 196, ofrece un dato revelador, cuando se advierte “que el 92% de los casos de tenencia se asignan a la madre”, aspecto que demuestra que, en la práctica judicial ecuatoriana, es la mujer, la que sigue siendo considerada como la única persona idónea para el cuidado de NNA, separándose sistemáticamente de las condiciones en las que el hombre debe y puede ser parte de una tenencia.

Como ribete, se destaca además que esta sentencia reza y enfatiza respecto del enfoque de esta investigación, que:

(...) la importancia de acelerar medidas normativas que busquen la igualdad real entre hombres y mujeres y el incremento de políticas públicas a favor de las mujeres, por distintas situaciones de vulnerabilidad en las que se puedan encontrar. Principalmente, tomando en cuenta las cifras señaladas a lo largo del proyecto que demuestran la desigualdad que todavía existe entre hombres y mujeres en distintos ámbitos (núm. 251).

Para enfatizar el criterio investigativo de esta sentencia, se debe observar que la parte resolutive decide:

Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”. (Sentencia No. 28-15-IN/21, núm. 2, parte resolutive).

Asimismo, se debe considerar que, en esta importante resolución, tuvo un voto concurrente, emitido por el doctor Ramiro Ávila Santamaría, el cual posee una tendencia clara y concreta a proscribir las características del patriarcado, y la tendencia absolutista de derivar a la mujer, a que sea la única protagonista al cuidado y protección de NNA. En su voto, expresa que: “[c]onsidero que más posibilidades de transformar la realidad, en la que casi la exclusividad del cuidado está a cargo de las madres, se presentan cambiando la norma impugnada que manteniéndola” (Sentencia No. 28-15-IN/21, voto concurrente, núm. 58).

Entonces, la meta académica de esta investigación, si bien ha destacado literatura jurídica de mucha utilidad y relevancia, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el enfoque que se ha estructurado, es que la tenencia compartida, como una figura jurídica que debe constar en nuestra norma del CONA, busca regularizar la relación de los padres para el cuidado de sus hijos o hijas, sin que esto represente una desigualdad, discriminación o abuso legal para cualquiera de los cónyuges.

En este contexto, enfatizando en los pensamientos contemporáneos que se han tratado en esta investigación, y como argumenta Orellana y Pozo (2023):

La necesidad de que sean padre y madre los encargados de ejercer los derechos y obligaciones sobre sus hijos hace que surja la figura de la tenencia compartida, para que los dos padres puedan protegerlos, cuidarlos y vigilarlos y que vivan con los dos, en igualdad de condiciones, mediante la cual los dos resolverán sobre la educación, salud



y alimentación de sus hijos y el tiempo que deberá pertenecer con cada uno de los progenitores (p. 1778).

De lo dicho, el fin de una tenencia compartida, debe ser visto como una meta humana, social, familiar y proactiva a los principios de igualdad, Interés Superior del Niño, corresponsabilidad e igualdad, por lo que la norma de la CRE, se vería debidamente reforzada a través de una debida aplicación de estos principios, y sobre todo, proscribiendo el hecho de que la mujer, debe asumir la tenencia, la crianza, la patria potestad, y todo aquello que en la práctica, la presente como la única que debe cumplir con una tarea física y extenuante, que ninguna norma legal puede representar.

## 5. Metodología

La presente investigación, requirió de una selección de bibliografía jurídica especializada en el tema que se planteó. El enfoque fue cualitativo, y el nivel de profundidad descriptivo, ya que se recurrió a conjugar las referencias seleccionadas, con el criterio y construcción argumentativa de la suscrita investigadora.

Asimismo, los métodos de investigación que sirvieron para entregar el presente estudio fueron el analítico-sintético, el cual permitió, por un lado, realizar una debida selección de fuentes de información jurídica; y, en un segundo momento, el resumir o sintetizar lo que sirvió para esta investigación. Además, el método histórico, sirvió de mucha ayuda en el contexto que se estableció como estructura de esta investigación, ya que se podrá observar el antecedente histórico, base de la idea que surgió respecto de este tema, en el que se consideraron factores de mucha importancia y trascendencia, como la cronología histórica del principio de igualdad formal y material; y, el método dogmático, el cual tuvo la función de permitir un estudio jurídico mediante el cual, se seleccionó todos los elementos doctrinales, legales y jurisprudenciales pertinentes a esta investigación.

En este contexto, como técnica de investigación, las fichas bibliográficas permitieron la debida recolección, almacenamiento y utilización de la información pertinente al tema, la misma que puede ser debidamente apreciada en el resultado que se entrega, como producto de investigación.

Esto puede ser apreciado en el contenido de esta actividad académica, ya que se denota en el ejercicio argumentativo, la idea o criterio de la suscrita investigadora, y la conjugación de dicho criterio, con las fuentes de investigación jurídicas descrita *supra*, lo que permite como tal el enfoque esgrimido en este texto.

## 6. Resultados

El presente estudio, se ha basado en una recopilación de información jurídica relevante y destacada, con el fin de esbozarla con la construcción propia de la investigadora, en cuanto el escenario de una tenencia compartida, y en el hecho puntual de que, la mujer, no debe ser considerada como una herramienta de crianza, de cuidado y vigilancia de sus hijos o hijas, subyugando su participación activa en la sociedad y en la familia.

Este hecho, ha sido un punto hostil, complejo y difícil de ir superando en la historia de la humanidad misma, ya que, desde siempre el género femenino, ha sido sólo una pequeña parte -o inexistente- de las relaciones humanas, de los grandes aportes al mundo, o de los acontecimientos que han sido los puntales de la ciencia, tecnología u otros. En este contexto expositivo el criterio de Racionero (2022) es muy destacable, cuando refiere:

La mujer siempre ha vivido a la sombra del género masculino que ha dominado no sólo la historia universal, sino también la mitología. La mujer fue relegada a un rol menor en las antiguas narraciones, sin derecho alguno a intervenir en el destino de la humanidad, pese a que fue ella la primera que tuvo un papel determinante como sacerdotisa, vestal o diosa de la fertilidad.

Entonces, el hecho de que, con los años, décadas y siglos, se esté reconociendo su papel histórico con algunos méritos en los espacios científicos y académicos, es un gran hito que debe ser valorado desde toda perspectiva; so pena de que este camino supuso momentos de supervivencia y riesgos absolutos, todo con el fin de destacar “el protagonismo de aquellas mujeres “transgresoras, visionarias, luchadoras” cuyo esfuerzo y visibilidad contribuyó a engendrar potentes movimientos de mujeres y contribuyó a nuevas propuestas feministas” (Nash, 2004, p. 285), lo que conlleva a establecer una categoría de valoración y admiración a esta lucha.

En este sentido, y en el vertiginoso avance del mundo, las normas jurídicas han jugado un papel preponderante a través del cual, se buscó que la presencia de la mujer deje de ser un aporte accesorio a las decisiones que rigen y ordenan una nación; sino que su rol pasa a ser decisivo e indómito para lograr la equidad y paridad, por medio de un reconocimiento legal y social. En este caso, cuando se ha referido de la importancia de que una norma legal otorgue proporcionalidad y justicia entre hombres y mujeres, se está dando un sentido a esa lucha de parte de las mujeres en la historia.

Ahora bien, en esta investigación, se ha destacado a los principios de igualdad formal y material, que es un concepto básico y simple, que aproxima la idea de que todos somos

iguales por el motivo mismo de ser humanos y existir; y, al del Interés Superior del Niño, el que “alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida” (Acuña, 2019), los cuales, son intrínsecos y inherentes al ser humano, entendiendo que los mismos pueden y deben cumplirse por aquellos que cumplen una representación a NNA.

La practicidad y facilidad de los principios mencionados *supra*, no obstante, se ven seriamente opacados, cuando se mantiene el concepto de que la mujer es la encargada de cumplir con las actividades que demanda una crianza, un cuidado, una protección y observancia al desarrollo de NNA. Inexorablemente, los principios constitucionales de igualdad e Interés Superior del Niño, están siguiendo un guía existencia en pro de los derechos y garantías que merece este grupo etario.

Esto se ve reflejado, cuando en la administración de justicia, los operadores de justicia no consideran el hecho de que la jurisprudencia actualizada y vinculante emitida por la CC, explica abiertamente la debida proporcionalidad entre progenitores, y como la tenencia compartida está orientada a ser una herramienta de protección directa y tangible de los derechos y garantías de los NNA.

De lo dicho, la idea o teoría de una tenencia compartida, surge como una proporción o ponderación entre los derechos que poseen los seres humanos, ya que se ha destacado abiertamente que esta forma de llevar una relación entre padres e hijos, es una actividad que debe ser llevada sin complejidades o formalidades absurdas o irrealizables en el contexto jurídico; empero, se debe racionalizar el hecho de que una opción de tenencia compartida, no se aplica de buena manera por el órgano jurisdiccional en nuestro sistema judicial ecuatoriano.

Este hecho, es una verdad que no se ha superado con el devenir de los años, ya que como insiste, nuestras normas jurídicas, prevalecen a la mujer o a la madre, como la única persona que está en la capacidad de asumir un rol de representante o cuidadora-protectora de sus hijos, lo cual conlleva a perpetuar el estigma de minimización que este género ha venido arrastrando con los años.

Así las cosas, este proceso investigativo expone y revela que el género femenino aun sigue aislado y abandonado en una protección en la que el hombre también esté en la capacidad moral y personal de cumplir una actividad de tenencia. Enfatizando, y como refiere La Hora (2019):

(...) de la revisión del marco jurídico ecuatoriano, se colige que no existe la figura de la tenencia compartida, lo cual denota la necesidad de legislarla como tal, ya que la

misma permite la exaltación de los compromisos parentales comunes sobre los hijos, y no con la distinción de que uno de los cónyuges la ejerza por separado, afectado directamente el desarrollo de los hijos dependientes.

Aspecto que profundiza la idea central de esta investigación, que como tal ha buscado referir que son dos los presupuestos que se deben ser valorados en el escenario de tenencia compartida: i) la necesidad de desprenderse del modelo tradicional de creer que sólo la mujer puede poseer la tenencia, patria potestad y crianza de sus hijos; ii) la posibilidad de que sea la norma legal la que, a través de su existencia en derecho, permita la aplicación de una tenencia compartida, esto es, un hombre y una mujer al cuidado y protección de sus hijos, indistintamente la relación o vínculo de los progenitores.

Para este fin, se debe establecer un mecanismo directo y concreto que haga posible este hecho, a través de una reforma directa que determine los pasos a seguir, y cómo el juzgador o juzgadora, debe aplicar dicho contenido en las resoluciones en las que los intereses de los NNA estén comprometidos.

Ahora que, y repasando el contenido que se ha estructurado en esta investigación, se debe precisar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha dado un significativo y trascendental aporte a este enfoque, cuando la sentencia 28-15-IN/21, ha forjado los parámetros necesarios para otorgar una perspectiva distinta a la que expone el artículo 106 del CONA, esto es confiar la tenencia -por opción o última opción- a la mujer.

Sin duda, la sentencia en comento debe ser valorada como un insumo de gran preponderancia a la hora de interpretar el contenido humano, familiar y legal que la tenencia compartida, ya que sobre este fallo se puede individualizar algunos elementos y presupuestos que pueden orientar a una verdadera paridad, equidad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres, y la forma en que los mismos ejercen un verdadero protagonismo en cuanto su labor de padre o madre.

Esto sin duda, lograría y evitaría los incontables escenarios en detrimento de NNA, cuando en la rotura de una relación sentimental entre progenitores:

(...) se presentan varios conflictos ineludibles. Empezando por querer inmiscuir al menor, en un ambiente de escoger con cuál progenitor quedarse, y de paso esperar la decisión del Juez, para empezar una vida separada de uno de sus progenitores, de ello nace otro problema que tiene la tenencia, que da paso a la inseguridad jurídica e inestabilidad emocional (Rodríguez et al., 2022, p. 206).

Lo reflexionado, conjuga la importancia de reconocer honestamente a la figura de tenencia compartida como parte de una realidad, la misma que debe ser aplicada en las normas

jurídicas ecuatorianas, en especial del CONA en su artículo 106, y de esa manera, destacar la progresión de derechos, y superponer a la igualdad y equidad, dentro las decisiones que eventualmente pueden tener los progenitores al momento de terminar una relación: velar de manera recíproca y equitativa, por el bienestar de los hijos engendrados por ellos mismos.

Bajo esta premisa, se debe complementar la claridad del contenido del artículo 106 del CONA, ya que es necesario que los insumos probatorios como los informes técnicos generados por la Oficina Técnica del Consejo de la Judicatura, sean también proclives a analizar la situación de la familia y sirvan de insumo a los operadores de justicia para decidir sobre la tenencia en respeto del derecho a la igualdad, al principio de interés superior del niño(a), y, evitando cualquier forma de manipulación o violencia.

## 7. Discusión

Es necesario indicar que en esta fase de diagnóstico se contó con la participación de 7 profesionales entrevistados, los mismos que son: personal de la defensoría del pueblo, directora de una fundación y jueces de los juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia de Quito, Loja y Calvas, desde esa perspectiva, el estudio se llevó a efecto con la finalidad de demostrar, que pese a la decisión de la Corte Constitucional al considerar la inconstitucionalidad de la preferencia materna al momento de conceder la tenencia del hijo menor de edad, no se ha consolidado una situación de igualdad, debido a las barreras sociales aún existentes. Es significativo indicar que hoy por hoy se ha actualizado los factores bajo los cuales los juzgadores pueden ejercer sus sana crítica de manera concreta para cada caso, teniendo en cuenta la opinión del niño(a) y considerando las mejores condiciones de vida que pueda brindar el padre o madre que adquiere.

Tabla 1: Resultados obtenidos de la técnica de entrevista realizada a 7 profesionales con experiencia en el tema de los derechos de niños, y derecho de igualdad formal y material.

### 1. **Pregunta Nro. 1.** ¿Qué piensa Usted sobre la figura de la tenencia compartida?

<b>Entrevistado 1</b>	<b>Dra. Lorena Chávez Ledesma (Directora Nacional del Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y adolescentes en Defensoría del Pueblo)</b>
-----------------------	--

Hay una decisión de la Corte Constitucional que nos puso como defensoría del pueblo hacer el tema de una propuesta y observaciones para que sea presentado en la asamblea, frente al tema de la tenencia compartida. Es importante tener claridad frente a eso, es una oportunidad para actualizar conceptos, sugerir cambios. En el CONA que se encuentra en vigencia propusimos como movimiento de niñez y adolescencia, que no sea el tema de preferencia a la mujer, de la tenencia a la madre, sino que se vea la mejor condición, donde prevalezca el interés superior del niño, y no garantiza que la tenencia de los hijos sea para la madre, sino que sean consideradas varias condiciones, y no económicas precisamente, sino sociales, psicológicas, emocionales, etc. Se puede observar un problema serio y grave es que los padres se confunden al considerar que es su derecho de visitar, de tenerlo al niño, cuando el derecho es exclusivamente de los niños.

---

Es importante diferenciar y resaltar el uso de términos y diferenciar entre tenencia y patria potestad, muchas veces se confunden entre estas dos instituciones que son totalmente diferentes, A nivel internacional ya no se utiliza el término tenencia, sino custodia, en el discurso caduco nuestro aun utilizamos el término tenencia cuando este en si se refiere a tengo un animalito, tengo un carro etc., mientras que custodia significa guarda, cuidado.

Considero que es importante regular esta figura de la tenencia compartida, siguiendo el criterio de la misma norma, hablamos en la asamblea con el COPINA que debe organizarse de tal manera dando un tratamiento integral detallando la naturaleza de cada institución, por eso actualmente en el CONA todo el tema de tenencia remite a los artículos de la patria potestad cuando son temas totalmente diferentes, hemos sugerido como defensoría del pueblo que los derechos de niños y adolescentes sean excluidos del código civil, porque es una norma inspirada en el derecho privado, y el tema de derechos niños, niñas y adolescentes regulan derechos fundamentales, por lo tanto es un derecho público, por lo que es importante que el tema de niñez no esté en este código civil, sino en el nuevo código de niñez y adolescencia.

---

<b>Entrevistado 2</b>	<b>Dra. Patricia Segarra Faggioni (Juez de familia de Quito, profesora de derecho de familia en la PUCE Ecuador)</b>
-----------------------	--

---

Es una forma de compartir el cuidado de los hijos, pero sería necesario regular caso por caso, y este depende de su entorno, circunstancias por la cual se produjo la separación de los padres, cuál de los dos progenitores es más apto para el cuidado de los hijos, y también es muy importante el sentir de ese niño o niña.

---

<b>Entrevistado 3</b>	<b>Dra. Gabriela Bermeo Valencia (directora general de la Fundación AKILA DIGNIDAD ORG.)</b>
-----------------------	--

---

La figura no legal, sino social es muy importante justamente para poder afianzar el tema de las responsabilidades compartidas, estas responsabilidades no son solamente económicas o de tareas de cuidado, sino también de responsabilidades emocionales, ahora respecto a la figura desde la parte legal es un tema que se debe ampliar, con una visión más amplia desde lo socio jurídico donde el país y la región han fallado, nos hace falta mejorar la dinámica social, mejorar la educación como personas.

---

<b>Entrevistado 4</b>	<b>Dr. Luis Samaniego Muñoz (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	--

---



---

Es parte de la responsabilidad contemplada en el artículo 83.16 de la Constitución de la República del Ecuador, en la que determina como uno de los deberes y obligaciones de los padres el cuidar de sus hijos.

---

<b>Entrevistado 5</b>	<b>Dr. Crosby Valarezo Tandazo (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

---

La tenencia compartida no la encontramos dentro del marco jurídico ecuatoriano, como es el CONA, lo que si tenemos es jurisprudencia comparada en otros estados como es el argentino, el uruguayo, donde se determina con claridad meridiana.

---

<b>Entrevistado 6</b>	<b>Dr. Víctor Burneo Herrera (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

---

Es una figura jurídica muy favorable para que la niñez y adolescencia alcancen un desarrollo integral cuando se ven abocados a una separación se sus progenitores sean este por divorcio o porque deciden separarse de una unión de hecho.

---

<b>Entrevistado 7</b>	<b>Dra. Lethy Paccha Soto (Juez de la Unidad de Judicial Multicompetente con sede en el cantón Calvas)</b>
-----------------------	--

---

Es una de las mejores soluciones que se puede dar a los problemas que se vienen dando en cuanto a las visitas y a la tenencia en sí de los padres hacia los hijos, en donde se ha considerado que el único derecho u obligación es hacia la madre, en primer lugar, si lo vemos desde el punto de vista de obligación que muchos consideran que es la madre, no es tal, son deberes de padre y de madre, son los dos que deberían compartir la tenencia, y de esta manera evitar daños mayores que por si generan la separación o ruptura de la relación. En mi criterio es un derecho de la mujer en si permitir que pueda realizarse en todos los ámbitos, también dando que el padre cumpla con ese deber del cuidado de los hijos, no hay razón en mi concepto que porque la madre es únicamente la que puede y debe criar los hijos.

**Análisis:** La figura de la tenencia compartida pese a que no está regulada en nuestra legislación ecuatoriana, los entrevistados consideran que es una de las mejores soluciones que se puede dar, es una figura jurídica muy favorable para poder consolidar el tema de las responsabilidades compartidas, en cuanto al cuidado de los hijos menores de edad, cuando hay separación de sus padres, si se legaliza esta figura de la tenencia compartida favorecerá a los menores de manera

---

---

directa, estas responsabilidades no son solamente económicas o de tareas de cuidado, sino también de responsabilidades emocionales, es parte de la responsabilidad contemplada en el artículo 83.16 de la Constitución de la República del Ecuador, es importante regular esta figura de la tenencia compartida, es vital una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad de salvaguardar estos derechos de los niños protegiendo el interés superior del niño.

---

2.- **Pregunta Nro. 2.** ¿Como cree usted que se está aplicando la figura de la tenencia compartida en nuestro país?

---

<b>Entrevistado 1</b>	<b>Dra. Lorena Chávez Ledesma (Directora Nacional del Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y adolescentes en Defensoría del Pueblo)</b>
-----------------------	--

---

No existe. Hay una decisión de la Corte Constitucional que se estaba considerando en el nuevo COPINA, el tema de la custodia compartida, pero por lo que paso con la asamblea se vino todo abajo, por lo que no existe una regulación, sigue en la actualidad la tenencia para un progenitor.

---

<b>Entrevistado 2</b>	<b>Dra. Patricia Segarra Faggioni (Juez de familia de Quito, profesora de derecho de familia en la PUCE Ecuador)</b>
-----------------------	--

---

No está regulada, legislada o aprobada, en nuestro país, lo que tenemos por acuerdo entre las partes los niños pasan una temporada con un progenitor y otra temporada con otro, que sería una tenencia compartida, pero un juez no podría disponer que sea de esta forma si los padres no se ponen de acuerdo, lo que en la actualidad hace un juez es conceder la tenencia a uno de los progenitores porque así está regulado.

---

<b>Entrevistado 3</b>	<b>Dra. Gabriela Bermeo Valencia (directora general de la Fundación AKILA DIGNIDAD ORG.)</b>
-----------------------	--

---

Primero de manera lenta, tenemos un retroceso por un sistema lento procesalmente hablando y judicialmente se está vulnerando los derechos de los niños, también considero que si hay cambios no importantes pero si estructurales respecto a las decisiones emitidas por la última sentencia de Corte Constitucional, respecto a la tenencia compartida, y el tema de que los hombres también puedan cuidar de sus hijos, tema con el que estoy de acuerdo hay que tener una responsabilidad compartida, el problema estructuralmente y judicialmente se ha olvidado lo que es la violencia vicaria, ahí el sistema judicial está fallando.

---

<b>Entrevistado 4</b>	<b>Dr. Luis Samaniego Muñoz (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	--

Romper estereotipos de género es todavía bastante costoso, sobre todo romper ideologías en una sociedad que fue creciendo con ese ambiente en el cual se determinaba que los hijos deben siempre criarse con la madre, escenarios donde el 90% de posibilidades en un proceso de divorcio los hijos deben quedarse con la mamá y un 10% de posibilidad para el padre, para poder romper esos muros y decir yo también puedo cuidar a mis hijos, entonces romper paradigmas es un ideal de quienes administramos justicia no basados únicamente en la ley, sino con miramiento en el artículo 417 de la Constitución de la república del Ecuador que es el principio pro ser humano, en la que los derechos tutelados en la doctrina de protección integral, en los sistemas de protección de derechos son de inmediata aplicación en pro de la vigencia de los derechos de cada niño, niña y adolescente.

<b>Entrevistado 5</b>	<b>Dr. Crosby Valarezo Tandazo (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

Esta figura puede ser aplicada siempre y cuando haya acuerdo, puede ser totalmente factible en el escenario que exista ese consenso cuando habla la ley que los requisitos de la patria potestad también están encaminados hacia la tenencia.

<b>Entrevistado 6</b>	<b>Dr. Víctor Burneo Herrera (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

En los pocos casos que he tenido consiste en que los progenitores compartir el 50% la tenencia de los hijos.

<b>Entrevistado 7</b>	<b>Dra. Lethy Paccha Soto (Juez de la Unidad de Judicial Multicompetente con sede en el cantón Calvas)</b>
-----------------------	--

Al ser una figura completamente nueva en nuestro país, considero que aún hay un poco de resistencia, temor incluso de algunos compañeros jueces, sin embargo, ya se ha venido aplicando esta situación de la tenencia compartida por medio de mediación o en términos de conciliación en audiencia se ha venido aplicando esta situación de la tenencia compartida, ya que es un deber de ambos progenitores el cuidado y tenencia de hijos.

---

**Análisis:** No está regulada, legislada o aprobada, en nuestro país, es una figura nueva, lo que tenemos en la actualidad es la tenencia para un progenitor, aunque hay mas flexibilidad en algunos jueces y en casos donde existe la voluntad de las dos partes, pueden conceder esta figura legal, es todavía un tema delicado romper pensamientos, ideologías en una sociedad que fue creciendo con ese entorno en el cual se determinaba que los hijos deben siempre criarse con la madre, escenarios donde el 90% de posibilidades en un proceso de divorcio los hijos deben quedarse con la mamá y un 10% de posibilidad para el padre, para poder romper esas barreras y decir yo también tengo capacidad de cuidar a mis hijos, entonces romper paradigmas es un ideal de quienes administran justicia no basados únicamente en la ley, sino con miramiento en el artículo 417 de la Constitución de la republica del Ecuador que es el principio pro ser humano, en la que los derechos tutelados en la doctrina de protección integral, en los sistemas de protección de derechos son de directa e inmediata aplicación en pro de la vigencia de los derechos de cada niño, niña y adolescente.

---

**3.- Pregunta Nro. 3.** ¿En la práctica cree usted que se da esta figura de la tenencia compartida?

<b>Entrevistado 1</b>	<b>Dra. Lorena Chávez Ledesma (Directora Nacional del Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y adolescentes en Defensoría del Pueblo)</b>
-----------------------	--

No, no se da

<b>Entrevistado 2</b>	<b>Dra. Patricia Segarra Faggioni (Juez de familia de Quito, profesora de derecho de familia en la PUCE Ecuador)</b>
-----------------------	--

No, porque no está legislado no está determinado en la ley y no se podría dar cumplimiento a una institución que no está regulada legalmente.

<b>Entrevistado 3</b>	<b>Dra. Gabriela Bermeo Valencia (directora general de la Fundación AKILA DIGNIDAD ORG.)</b>
-----------------------	--

Considero que sí, pero depende mucho de la forma de litigio y del acceso económico, que tengan las mujeres o los hombres, al momento del litigio ya que no se puede comparar una persona que viva en la ruralidad frente a uno que viva en la ciudad.

---

<b>Entrevistado 4</b>	<b>Dr. Luis Samaniego Muñoz (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	--

En la práctica es muy poca o nula, porque en los juzgados se discuten con quien van a quedar los niños, pero en ninguna de esas discusiones se centran en determinar la paridad de los tiempos, en la igualdad de compartir con los hijos , entonces no existen las peticiones concretas de querer compartir la tenencia de los hijos en tiempos iguales, y por otro lado está también el desánimo, que recibe cuando un juez rechaza las acciones de su petición porque dice que existe norma legal que le permita disponer ese camino.

<b>Entrevistado 5</b>	<b>Dr. Crosby Valarezo Tandazo (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

Es predominante respecto a lo que dice la ley, hemos tenido casos de que hay niños o adolescentes se van una semana con la mamá otra semana con el papá, en la práctica es inaplicable esa figura.

<b>Entrevistado 6</b>	<b>Dr. Víctor Burneo Herrera (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

En la competencia que tengo si se ha dado cumplimiento, es una de las formas en la que ese derecho que tienen los niños, de convivir con ambos progenitores y permite hacer efectivos estos derechos, el problema es que los padres no cumplen con los acuerdos, previo la escucha de niños y adolescentes, el problema es que los padres no cumplen los con los compromisos asumidos, los acuerdos, el problema se da cuando se exige el cumplimiento del régimen de visitas.

<b>Entrevistado 7</b>	<b>Dra. Lethy Paccha Soto (Juez de la Unidad de Judicial Multicompetente con sede en el cantón Calvas)</b>
-----------------------	--

Se da cumplimiento en la medida en que el padre pide o exige la tenencia compartida, pero cuando es la madre la que pide o exige, realmente hay bastante irresponsabilidad por parte del padre, quien cree que por el hecho del alimento que da es más que suficiente y es obligación de la madre de manera exclusiva asumir la responsabilidad de los hijos, sean hombres o mujeres más aun cuando son mujeres ese es el pretexto de la mayoría de padres que dicen no es mujer yo no puedo, no debo, sin embargo cuando el padre es consciente, coherente con su

---

deber no hay problema, pero si se presenta mucha resistencia cuando es la madre o es el juez cuando lo ha dispuesto de manera directa.

**Análisis:** De las respuestas obtenidas consideran los encuestados que en la práctica es muy poca o nula la aplicación de esta figura de la tenencia compartida, puesto que no está establecida en la ley y no se podría dar cumplimiento a una institución que no está regulada legalmente, en los casos en que los dos progenitores se ponen de acuerdo y hay voluntad entre ellos se puede otorgar una tenencia compartida, en varios casos se presenta el problema que los padres no cumplen con los acuerdos, y compromisos asumidos, el juzgador debe escuchar y analizar el sentir de ese menor, además utilizar las herramientas que le podrán ayudar a tomar una mejor decisión como los informes de la intervención del equipo técnico del Consejo de la Judicatura.

---

4.- Pregunta **Nro. 4.** ¿A su criterio cual es el camino para una aplicación efectiva de la igualdad formal y material respecto de la figura de la tenencia compartida?

---

<b>Entrevistado 1</b>	<b>Dra. Lorena Chávez Ledesma (Directora Nacional del Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y adolescentes en Defensoría del Pueblo)</b>
-----------------------	--

---

Uno de los temas importantes es desvirtuar el tema de la violencia binaria, tema que utilizan los padres frente a las madres, tema de manipulación de los hijos, o del tema económico, debe haber un espacio real en los juzgados de niñez y adolescencia, para el tema de especialidad de los niños, considerando en primer lugar que una mujer no es igual que un niño, entonces un juez que no tiene los criterios claros en los temas de niñez y adolescencia frente a cualquier tema vamos a tener problemas serios, considero que debe haber salas especializada con profesionales especializados que deberían ser salas de ayuda que tengan cada juez. La evaluación de cada niño, el testimonio, por personal especializado que haga una evaluación verdadera de cada situación.

---

<b>Entrevistado 2</b>	<b>Dra. Patricia Segarra Faggioni (Juez de familia de Quito, profesora de derecho de familia en la PUCE Ecuador)</b>
-----------------------	--

---

Yo tengo un pensamiento claro todo absolutamente todo debe girar en torno al el interés superior del niño, es decir que todas las decisiones que se tomen de ese niño teniendo en cuenta caso por caso será teniendo en cuenta lo mejor que sea para no para los padres sino para este niño, para este adolescente, analizando todas las situaciones, teniendo en cuenta que la niñez

---

---

y adolescencia es un periodo corto y de este dependerá si tenemos un adulto feliz y un adulto funcional, por tanto el padre y la madre de acuerdo a la constitución y a la ley tanto el padre como la madre están en igualdad de condiciones para hacerse cargo de los hijos, si no se ponen de acuerdo el juez tendrá que decidir previa escucha al niño, tomar en cuenta su opinión y evaluar a través de informes técnicos cuál de los dos progenitores es el más apto para dar estabilidad emocional, seguridad a su hijo.

---

<b>Entrevistado 3</b>	<b>Dra. Gabriela Bermeo Valencia (directora general de la Fundación AKILA DIGNIDAD ORG.)</b>
-----------------------	--

---

Primero hacer una depuración de casos, hay algunos casos que incluso están en el olvido y no podemos pensar en una justicia abierta y con celeridad si no tenemos depuración de casos. Además, que haya más amplitud en el reconocimiento de que los hombres si pueden ejercer la paternidad este reconocimiento judicial donde se determina que los hombres si pueden tener la tenencia compartida es los que permitirá tener una sociedad consciente, de lo que significa una responsabilidad compartida.

---

<b>Entrevistado 4</b>	<b>Dr. Luis Samaniego Muñoz (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	--

---

Aplicar el artículo 9, el artículo 18, y el artículo 20 de la Convención sobre los derechos del niño, y sobre todo el artículo 3.1 de dicha convención en la que determina que el interés superior será siempre una consideración primordial, los niños, los menores de edad son seres humanos que tienen igual derechos que los adultos y que necesitan una protección reforzada, redoblada para ellos, entonces escuchando, explicando a cada menor de edad se podrá tomar las decisiones respecto a sus anhelos y expectativas de cuidado, valorando o haciendo una evaluación con los otros méritos de prueba se podrá tomar la mejor decisión considerando que es lo mejor considerando su interés superior.

---

<b>Entrevistado 5</b>	<b>Dr. Crosby Valarezo Tandazo (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

---

Con la sentencia de la Corte Constitucional que no hay preferencia materna o paterna esta sería lo ideal, como dice Ramiro Ávila en la sentencia lo primordial es que tanto padre y madre estén

---

---

con sus hijos, pero si no hay esto tendría que existir una verdadera concientización respecto a los deberes que tiene cada padre respecto a sus hijos.

---

<b>Entrevistado 6</b>	<b>Dr. Víctor Burneo Herrera (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

---

Que se regule mediante vía reforma el CONA, para poder de una forma estricta dar cumplimiento inclusive con medidas coercitivas que deberían reglarse para poder hacer cumplir de una forma efectiva ese derecho de la niñez y adolescencia.

---

<b>Entrevistado 7</b>	<b>Dra. Lethy Paccha Soto (Juez de la Unidad de Judicial Multicompetente con sede en el cantón Calvas)</b>
-----------------------	--

---

Considero que es fundamental la capacitación, la preparación, la difusión de este derecho del pro y los contras, sobre todo del beneficio que va a traer para los hijos, porque especialmente en la situación de padres separados frente a un litigio se tiene la confrontación, la idea errada de que el tener ellos que cuidar su hijo, se daría carta abierta para que la madre, salga, se divierta etc. Cuando los dos tienen los mismos derechos.

**Análisis:** Es de vital importancia que se regule este tema, mediante reforma en el CONA, para de esta manera los administradores de justicia puedan dar cumplimiento a la figura legal de la tenencia compartida, lo fundamental es que tanto padre y madre estén con sus hijos, previamente debería existir una verdadera concientización respecto a los deberes que tiene cada padre respecto a sus hijos, siendo lo importante el sentir y pensar de ese niño, niña o adolescente, así mismo los jueces de familia deberían ser muy cautelosos en analizar cada caso, considerando las mejores condiciones, económicas, sociales, psicológicas, emocionales en las cuales se va desarrollar cada menor. Debe existir más amplitud en el reconocimiento de que los hombres si pueden ejercer la paternidad este reconocimiento judicial donde se determina que los hombres si pueden tener la tenencia compartida es los que permitirá tener una sociedad consciente, de lo que significa una responsabilidad compartida.

---

5.- Pregunta **Nro. 5.** ¿Cuál considera usted que es el impacto social de esta figura de la tenencia compartida a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional No 28-15-IN/21?



<b>Entrevistado 1</b>	<b>Dra. Lorena Chávez Ledesma (Directora Nacional del Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y adolescentes en Defensoría del Pueblo)</b>
-----------------------	--

Yo creo que el impacto social es que un niño, niña, adolescente pueda vivir a pesar de la decisión de los adultos, que puedan tener una vida mejor con sus dos padres, y yo creo que esa es una decisión importante, y esa decisión es tomada después de todas las evaluaciones esa es la importante, mi relación entre adultos, entre la pareja de padres terminó, pero la relación parento filiales no terminan nunca, por lo tanto los afectos tampoco, creo que ese impacto de tener a los padres juntos a pesar de la separación va ser buena en la vida de los niños, la gente, muchas personas dudan de este tema, como si van a estar en otro lado, en otro y realmente si funciona, con la debida preparación.

<b>Entrevistado 2</b>	<b>Dra. Patricia Segarra Faggioni (Juez de familia de Quito, profesora de derecho de familia en la PUCE Ecuador)</b>
-----------------------	--

El impacto que está causando esta sentencia es que se están proponiendo incidentes de cambio de tenencia que están presentando los padres, considero que tanto el padre como la madre ya no tienen la certeza, la seguridad que por ley les confieren el cuidado de los hijos, sino que deben estar pendientes, estar apegados ser más empáticos con los niños y establecer vínculos con los cuales puedan continuar la tenencia o el cuidado de sus niños y también implica que el juez tiene que hacer un mayor razonamiento, tiene que motivar de mejor manera cuando confía la tenencia a uno y al otro porque tiene que justificar su resolución.

<b>Entrevistado 3</b>	<b>Dra. Gabriela Bermeo Valencia (directora general de la Fundación AKILA DIGNIDAD ORG.)</b>
-----------------------	--

El impacto social es muy grave porque socialmente se ha determinado que las mujeres mentimos, socialmente la sentencia ha permitido que se violente a las mujeres o a las personas que cuidan de esos menores, porque no se permite desde ese lado del cuidador la tenencia compartida.

<b>Entrevistado 4</b>	<b>Dr. Luis Samaniego Muñoz (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	--

---

La sentencia la corte constitucional trata de romper estos paradigmas esta visión de cómo se concibe un menor de edad y trata de crear conciencia a la sociedad de que un padre también está en iguales posibilidades de cuidar de sus hijos, en la sentencia se hace alusión de que la madre no nace con esas cualidades innatas de cuidar, sino que ser madre, ser padre se aprende y son fortalezas que se van adquiriendo poco a poco. La sentencia pretende equilibrar los derechos de los adultos y los derechos de los niños

---

<b>Entrevistado 5</b>	<b>Dr. Crosby Valarezo Tandazo (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

---

El impacto de alguna manera no podemos proteger el principio de interés superior del niño, le puedo decir por experiencia que es una disputa entre padres, pero no se observa el principio de interés superior, lo ideal es que ambos padres estén con sus hijos.

---

<b>Entrevistado 6</b>	<b>Dr. Víctor Burneo Herrera (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)</b>
-----------------------	---

---

Las resoluciones de la Corte Constitucional en este tema pero hay que reglar algunos aspectos relacionados especialmente con el derecho que tienen el menor a ser escuchado en todo momento de forma reservada y las directrices que nos recuerda la Corte Constitucional para que se cumpla con esos momentos, es decir debe haber una preparación, lugar adecuado, contar con el personal especializado en ese momento, situaciones que aún no están normadas, se vienen dando cumplimiento con los pocos medios que tenemos al alcance, como por ejemplo la oficina técnica pero en la forma que está dispuesto por la Corte Constitucional. Necesitamos de mucho aún hay mucho que legislar en este tema.

---

<b>Entrevistado 7</b>	<b>Dra. Lethy Paccha Soto (Juez de la Unidad de Judicial Multicompetente con sede en el cantón Calvas)</b>
-----------------------	--

---

El impacto social de esta resolución dejó a más de una madre en suspenso en no saber que hacer, en conocer que ya no es como antes que es la decisión propiamente de ella, comienza la sociedad en ver diferente a la situación de que al padre le sea entregada la tenencia, el cuidado de los hijos. Es importante resaltar que con la sentencia de la Corte Constitucional se rompen estereotipos de que no solo la madre esta capacidad para cuidar los hijos

---

**Análisis.** – La sentencia emitida por Corte Constitucional No 28-15-IN/2, ha dejado un impacto social muy importante y entre sus principales objetivos está el de fortalecer el núcleo social como lo es la familia, promover el derecho a la igualdad y no discriminación, la corresponsabilidad de los progenitores, y ante todo debe primar el derecho al interés superior del niño, niña y adolescente. La resolución de la Corte Constitucional, trata de romper estos paradigmas esta visión errada de cómo se concibe un menor de edad y trata de crear conciencia a la sociedad de que un hombre también está en iguales posibilidades de cuidar de sus hijos, en la sentencia se hace alusión de que la madre no nace con esas cualidades innatas de cuidar, sino que ser madre, ser padre se aprende y son fortalezas que se van adquiriendo poco a poco, de igual manera se están proponiendo incidentes de cambio de tenencia que están presentando los padres, haciendo alusión a la resolución de la Corte Constitucional, ha dejado un gran impacto social es concientizar que pueden vivir los menores con los dos padres, de una manera tranquila siempre y cuando haya la debida preparación.

## 8. Conclusiones

Al término de este proceso investigativo, se han obtenido las presente conclusiones, que se exponen de la siguiente manera:

La historia del mundo es la historia de la lucha y resistencia constante de la mujer en los espacios donde siempre ha sido vulnerada en sus derechos y discriminada, por ser mujer. Esto supone que dicho acontecimiento, ha sido una resistencia y resiliencia para que la misma en estos tiempos, pueda observar un resultado plausible y favorable al desarrollo de sus derechos, y en especial de su reconocimiento en distintos escenarios donde en otrora momento, hubiera sido inconcebible.

Aquello significa que, el principio que prevé nuestra CRE como el de igualdad formal y material, se vea debidamente representado en pensamientos, posturas e investigaciones que acercan la idea de que se debe privilegiar una relación justa y equilibrada entre un hombre y una mujer, más aún cuando se cuidado y protección de los hijos se trate. Esto significa, que ni el hombre ni la mujer puede o debe ser considerado superior o inferior, al cuidado de sus hijos.

Asimismo, el Interés Superior del Niño, se establece como el presupuesto jurídico que debe privilegiarse institucionalmente, desde cualquier enfoque o circunstancia; pero el mismo cobra la debida vigencia, cuando son los padres de NNA los que aplican efectiva y proporcionalmente un cuidado, una protección y un correcto desarrollo.

Por lo que, asignar la tenencia de manera automática a la madre, puede atentar al derecho y principio a la igualdad y no discriminación, conforme se desprende del análisis realizado por la Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia No. 28-15-IN/21, ya que esto refuerza los estereotipos y roles socialmente asignados a las mujeres, como cuidadoras por naturaleza. Siendo así positiva la sentencia referida, sin embargo, no puede desconocerse lo planteado en varios amicus curiae, respecto de que quitar la preferencia materna, puede dar pie a situaciones de violencia, por lo que lo optimo es que se evalúe caso a caso, siguiendo los parámetros otorgados por la Corte Constitucional del Ecuador y añadiendo un análisis exhaustivo de cualquier situación de violencia que podría presentarse.

Esto sin duda, debe comprometer también a los operadores jurídicos del órgano jurisdiccional del Poder Judicial del Ecuador, en el sentido de que sea la tenencia compartida un presupuesto que pueda y deba ser analizado de manera pormenorizada por todos aquellos que brindan un servicio judicial. Esta conclusión se ve concatenada al hecho de que la norma que contempla el artículo 106 del CONA, que si bien fue modificada por la declaratoria de inconstitucionalidad del fallo de la sentencia No. 28-15-IN/21, no descarta que algunos

juzgadores o juzgadoras recurran a aplicar la tenencia hacia la mujer, orientada netamente en roles y estereotipos de género.

La presente investigación, debe ser valorada desde el punto de vista académico y profesional, pero, sobre todo, desde un enfoque humano y justo, hacia las mujeres de este mundo que aun sufren las vejaciones, maltratos, humillaciones e incluso la muerte, por su condición de ser mujeres, deseando que, en algún momento, esto desaparezca completamente.

## 9. Bibliografía.

Acuña, A. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *SCIELO*.

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302019000100017](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302019000100017)

Asamblea Constituyente. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial No. 449*.

Asamblea Constituyente. (2014, 07 de julio). Código de la Niñez y Adolescencia. *Registro Oficial No. 737*.

Ávila Santamaría, R. (2012). Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina? *Universidad Andina Simón Bolívar*.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2975/1/%c3%81vila%2c%20R-CON-005-G%c3%a9nero.pdf>

Blacio, G. (2014). La protección de los derechos en la historia constitucional ecuatoriana. *Revista Sur Academia N° 2, diciembre 2014, ISSN: 1390-9045*.

<https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/download/15/14>

Cajas, A. (2011). Igualdad de género en la constitución ecuatoriana de 2008. Aportes Andinos Revista electrónica de derechos humanos Programa Andino de Derechos Humanos (PADH) Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. No. 29, Apatridia y Derechos humanos Sección actualidad.

Cajas, A. (2011). Igualdad de género en la Constitución ecuatoriana de 2008. Aportes Andinos Revista electrónica de derechos humanos Programa Andino de Derechos Humanos (PADH). *Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador No. 29, Apatridia y derechos humanos. Sección actualidad. Julio 2011*.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2804/1/RAA-29%20Andrea%20Karolina%20Cajas%20C%C3%B3rdova%20Igualdad%20de%20G%C3%A9nero%20%20la.pdf>

- Carbonell, M. (2020). El interés superior de los niños, niñas y adolescentes: su definición jurisprudencial. *MiguelCarbonell.me*. <https://miguelcarbonell.me/2020/04/28/el-interes-superior-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-su-definicion-jurisprudencial/>
- Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Pol. Con.* (Edición núm. 69) Vol. 7, No 4, abril 2022, pp. 930-954, ISSN: 2550 - 682X
- Cillero, M. (2013). EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Organization of American States*. [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978. [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979, 18 de diciembre). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Corte Constitucional del Ecuador (2021, 24 de noviembre). Sentencia No. 28-15-IN/21.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021, 21 de diciembre). Sentencia No. 61-19-IN/21.
- Corte Constitucional del Ecuador (2022, 12 de enero). Sentencia No. 239-17-EP/22.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México. (2009, 16 de noviembre).
- Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18
- Del Campo, E., y Magdaleno, E. (2008). Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú. *FLACSO*. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/42181.pdf>
- La Hora (2019). La necesidad de legislar la Tenencia Compartida en el Ecuador. <https://www.lahora.com.ec/noticias/la-necesidad-de-legislar-la-tenencia-compartida-en-el-ecuador/>

- Mendoza, J. (2022). La inclusión social y el interés superior del niño como derecho humano. *SCIELO*. [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2542-33712022000100004](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2542-33712022000100004)
- Murillo, K., Bandón, J., y Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *SCIELO*. [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202020000200385](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000200385)
- Nash, M. (2004). Mujeres en el mundo. Historia, retos y movimientos. *Barcelona Alianza Editorial*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6942701.pdf>
- Orellana, S., y Pozo, E. (2023). La tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del conocimiento*. Pol. Con. (Edición núm. 79) Vol. 8, No 2, Febrero 2023, pp. 1772-1796, ISSN: 2550 - 682X.
- Piñas Piñas, L. F., Castillo Villacrés, H. P., Zhinin Cobo, J. E., y Romero Pérez, E. T. (2019). El Análisis de la igualdad de derechos desde una visión neoconstitucionalista en Ecuador. *Uniandes Episteme*, 6 (Especial), 902-912.
- Racionero, A. (2022). De la mujer subyugada a la mujer empoderada: cómo ha variado la narrativa en las series y el cine. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/series/20220308/8105690/8m-presencia-mujer-cine-series.html>
- Rivera, V. (2017). LA TENENCIA COMPARTIDA Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES. *Universidad Regional Autónoma de los Andes Ibarra*. [Tesis previo al título de Abogado]. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7264/1/TUAEXCOMAB034-2017.pdf>
- Rodríguez Salcedo, E. R., Cáceres Sánchez, N. N., Agudo Durán, J. A., Mesías Vinana, J. A., & Villafuerte Maisa, A. S. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S1), 202-209.
- Sigüencia, A. (2019). La tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador. Trabajo de Investigación



previo a la obtención del título de Maestría en Derecho mención Estudios Judiciales.  
Quito: IAEN.

Solís Ana-Luisa, F. N., Santillán Andrade, J. R., Centeno Maldonado, P. A., & Chuga Quemac, R. E., (2022). El trabajo infantil frente al interés superior del niño. Caso de estudio Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*. 14(S4), 342-349.  
<https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3144/3086>

Sosa, E., Campoverde, L., y, Sánchez, M. (2019). Los principios de titularidad, exigibilidad e igualdad y no discriminación como principios de aplicación de los derechos en el estado ecuatoriano. *SCIELO*. [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202019000500428](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000500428)

Universidad San Francisco de Quito (2020). Tenencia compartida en Latinoamérica.  
<https://jur.usfq.edu.ec/2020/07/tenencia-compartida-en-latinoamerica.html>

Villagómez, G. (2012). Los derechos de las mujeres, ayer y hoy. *La Tendencia, revista de análisis político*.  
<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/4285/1/RFLACSO-LT13-11-Villagomez.pdf>

Viteri, D. (2022). El tímido avance de los derechos de las mujeres ecuatorianas. *LATINOAMERICA 21*. <https://latinoamerica21.com/es/el-timido-avance-de-los-derechos-de-las-mujeres-ecuatorianas/>

Viteri, P. (2018). Mujeres ecuatorianas y la conquista de los derechos políticos. *Revista Crisis*. <https://www.revistacrisis.com/debate-memoria/mujeres-ecuatorianas-y-la-conquista-de-los-derechos-politicos>

Zuleta, A. (2019). EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ANALIZADO DESDE LA FIGURA DE LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS. *RES NON VERBA*, ISSN impreso: 1390-6968 □ e-ISSN: 2661-6769, Vol.9, No. 2, octubre de 2019.

## 10. Anexos

### Anexo 1. Preguntas para entrevistas



unl

Universidad  
Nacional  
de Loja

## UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL, MENCION DERECHOS HUMANOS

### ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Abogado(a), considerando que me encuentro realizando mi investigación, previo a la titulación de magister en derecho constitucional, cuyo tema es: “**LA TENENCIA COMPARTIDA, Y EL DERECHO DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL**”; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario de **ENTREVISTA**, su aporte valioso me permitirá obtener información relevante para culminar la presente investigación jurídica.

#### CUESTIONARIO

1. ¿Qué piensa Usted sobre la figura de la tenencia compartida?

.....  
.....  
.....

2. ¿Como cree usted que se está aplicando la figura de la tenencia compartida en nuestro país?

.....  
.....  
.....

3. ¿En la práctica cree usted que se da cumplimiento a la figura de la tenencia compartida?

.....  
.....  
.....

4. ¿A su criterio cual es el camino para una aplicación efectiva de la igualdad formal y material respecto de la figura de la tenencia compartida?

.....  
.....  
.....

5. ¿Cuál considera usted que es el impacto social de esta figura de la tenencia compartida a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional No 28-15-IN/21?

.....  
.....  
.....

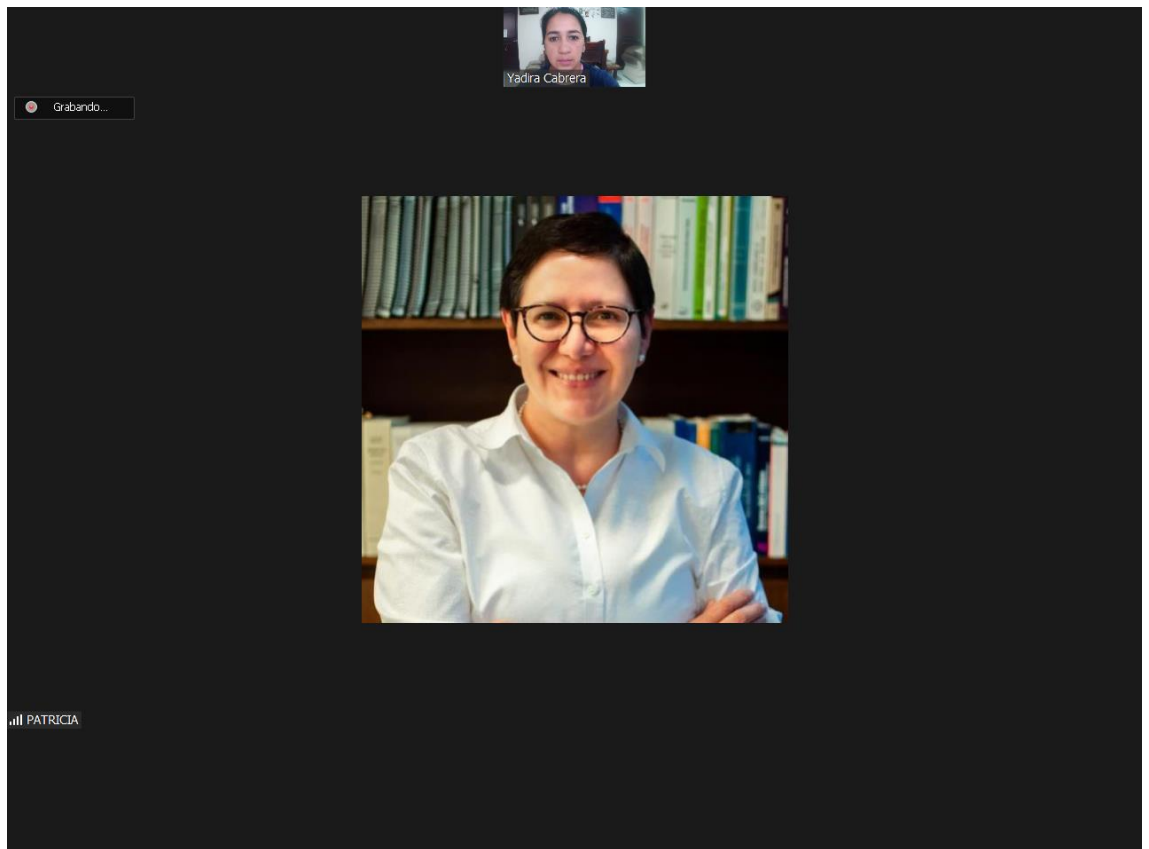
¡GRACIAS! Por su ayuda

## Anexo 2. Fotografías con entrevistados

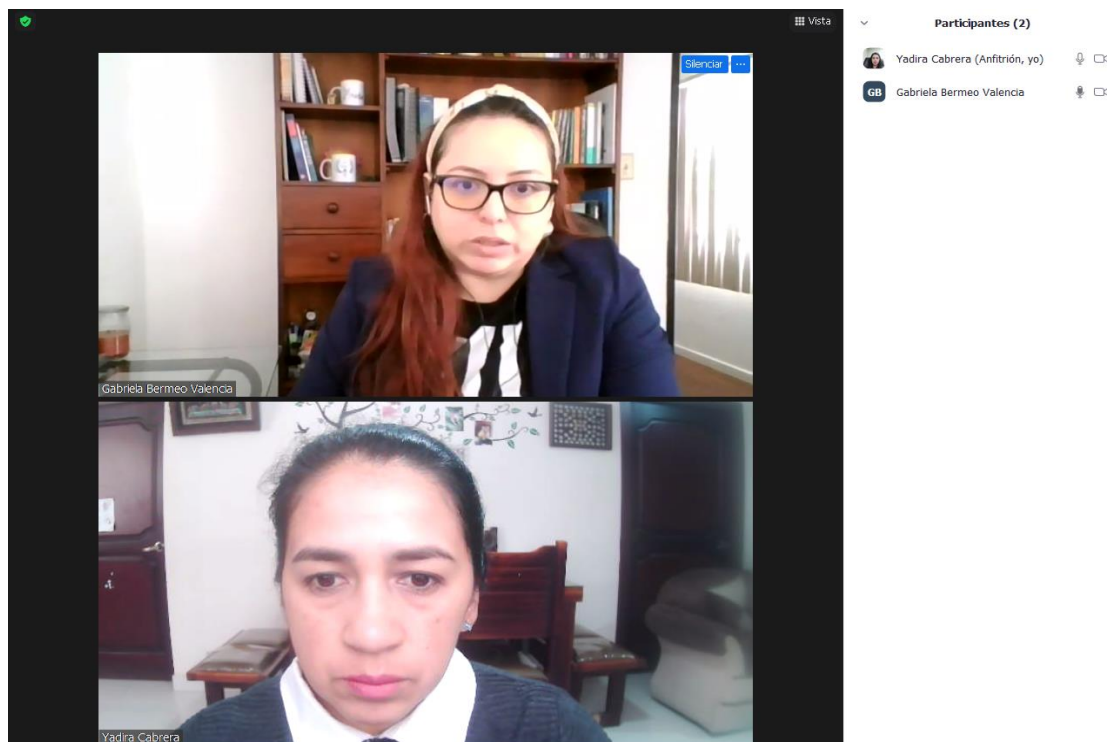
- Dra. Lorena Chávez Ledesma (Directora Nacional del Mecanismo de Promoción y Protección de los Niños, Niñas y adolescentes en Defensoría del Pueblo)



- Dra. Patricia Segarra Faggioni (Juez de familia de Quito, profesora de derecho de familia en la PUCE Ecuador)



- Dra. Gabriela Bermeo Valencia (directora general de la Fundación AKILA DIGNIDAD ORG.)



- Dr. Luis Samaniego Muñoz (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)



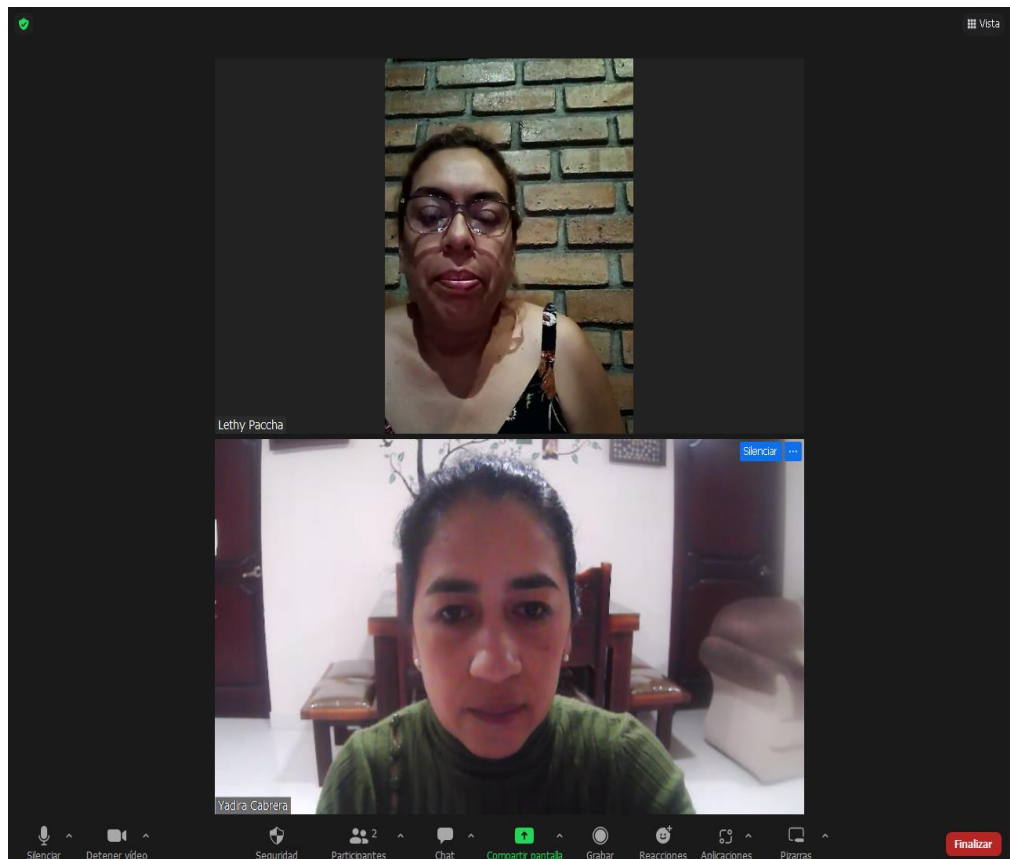
- Dr. Crosby Valarezo Tandazo (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)



- Dr. Víctor Burneo Herrera (Juez de la Unidad de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Loja)



- Dra. Lethy Paccha Soto (Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Calvas)





### Anexo 3. Certificado de traducción del resumen



**Juan Pablo Ordóñez Salazar**  
CELTA-Certified English Teacher,  
traductor e intérprete.

Certificación de traducción al idioma inglés.

Juan Pablo Ordóñez Salazar.  
CELTA-certified English Teacher, traductor e intérprete.

CERTIFICA:

Que el documento aquí compuesto es fiel traducción del idioma español al idioma inglés, del resumen del trabajo de titulación titulado: "**La tenencia compartida y el derecho de igualdad formal y material**", de autoría de la estudiante Dolores Yadira Cabrera Torres, con número de cédula 1103848154, Egresada de la Maestría en Derecho Constitucional con mención en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Loja.

Lo certifico en honor a la verdad, y autorizo a la interesada hacer uso del presente en lo que a sus intereses convenga.

Loja, 28 de agosto del 2023

1103601090 Firmado digitalmente  
por 1103601090  
JUAN PABLO  
ORDÓÑEZ DEONÉZ SALAZAR  
Fecha: 2023.08.28  
11:59:28 -0500  
SALAZAR

Juan Pablo Ordóñez Salazar

DNI: 110360109-0

Código de Perito de la Judicatura: 12298374

CELTA – CERTIFIED ENGLISH TEACHER, TRADUCTOR E INTÉRPRETE