APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de Tutor de la estudiante STEFANY MARÍA OLEAS NIOLA, con cédula No. 0924068794, de la FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO de la UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO.

CERTIFICO:

Que he analizado el Trabajo Académico con el título: *"Análisis de la Sentencia No. 28-15-IN/21 sobre la tenencia y la patria potestad",* presentado como requisito a optar por el grado de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos establecidos de carácter académico y científico, por lo que autorizo su presentación.



MGs. Daniel Eduardo Rodríguez Williams
DOCENTE TUTOR

Samborondón, 24 de febrero de 2023



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO:

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nº 28-15-IN/21

SOBRE LA TENENCIA Y LA PATRIA POTESTAD

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA.

AUTOR:

STEFANY MARIA OLEAS NIOLA

TUTOR:

ABG. DANIEL EDUARDO RODRIGUEZ WILLIAMS

SAMBORONDÓN, FEBRERO 2023.

Resumen

El objeto de la investigación que se presenta a continuación es analizar la sentencia Nº 28-15-IN/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2021, para declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) que dan preferencia a la madre en la patria potestad, lo cual genera una discriminación inconsistente con los preceptos constitucionales de no discriminación.

Este análisis se realizará desde la diferencia entre los conceptos de tenencia y patria potestad, los cuales a menudo generan confusión en cuanto a su aplicación jurídica, y se centrará en el punto de vista del interés superior del menor, considerando que esta es la cuestión más importante a tratar para dilucidar si la sentencia realmente cumple con la garantía a los derechos del menor por sobre los derechos de sus progenitores. El análisis además estudia si realmente con esta sentencia se puede resolver el problema de discriminación en cuanto a la preferencia materna.

Palabras Clave: Tenencia, Patria Potestad, CONA, Interés superior del menor, Preferencia materna, Inconstitucionalidad.

Abstract

The purpose of the following research is to analyze the Sentence No. 28-15-IN/21, issued by the Constitutional Court of Ecuador in 2021, to declare the unconstitutionality of paragraphs 2 and 4 of Article 106 of the Code of Childhood and Adolescence (CONA), which give preference to the mother in parental authority, generating a discrimination which is inconsistent with the constitutional precepts of non-discrimination.

This analysis will be based on the difference between the concepts of custody and parental authority, which often generate confusion as to their legal application, and will focus on the point of view of the best interest of the minor, considering that this is the most important issue to be addressed in order to clarify whether the sentence really complies with the guarantee of the rights of the minor over the rights of the parents. This analysis also examines whether this sentence can really solve the problem of discrimination in terms of maternal preference.

Key words: Tenancy, Parental Authority, CONA, Best Interests of the Child, Maternal Preference, Unconstitutionality.

Introducción

La separación de los padres de un menor de edad no solamente puede convertirse en un evento traumático en el ámbito psicológico del mismo, sino que también evoluciona en un acto jurídico en el cual se decide el destino del menor hasta que cumpla la mayoría de edad. La tenencia, por lo tanto, es este acto en el que la justicia evalúa (a través de sus representantes e instrumentos legales) cómo vive el menor con sus padres, y con cuál de ellos debería quedarse, para mantener una cierta estabilidad emocional, educativa, económica y recreacional, que le permita una vida sana y un crecimiento sostenido e ininterrumpido hacia la adultez. Es necesario recordar que la infancia es la etapa más importante del ser humano, pues en sus primeros años de formación aprende a socializar con las demás personas, se forma como miembro útil de la sociedad, y crea vínculos o lazos no sólo afectivos, sino de confianza, y valores que le ayudarán a tomar las mejores decisiones tanto para su propia vida como para la de su entorno, que le permitirán la armonía en el mismo.

En años recientes, la ley ecuatoriana ha dejado de favorecer a la madre como figura principal de la tenencia, especialmente desde que la Corte Constitucional derogó los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (relativos precisamente a la preferencia de la madre en la tenencia); sin embargo, se ha comenzado a debatir nuevamente esta preferencia ya obsoleta, gracias a un reciente caso en el cual un padre de familia ecuatoriano se sintió en la obligación de cambiar de género debido a que no lograba estar con su hijo, y como resultado, en la

actualidad se está debatiendo en la Asamblea Nacional si es correcta esta decisión y qué consecuencias podría acarrear para futuros casos en los que pudiera suceder esto.

El propósito de este trabajo de investigación es el análisis de derechos tanto de los padres como de los menores, y si existe una vulneración al existir la falta de igualdad en la tenencia, siendo resaltante el interés mayor de los menores a que se respeten sus derechos por encima de los de sus padres, sin que esto perjudique de alguna manera.

1. La Patria potestad, la tenencia y conceptos relacionados

1.1. Diferencia conceptual entre Patria Potestad y Tenencia

La patria potestad y la tenencia son términos que podrían parecer similares a simple vista, e incluso ser confundidos uno como sinónimo del otro. De hecho, es este el punto más importante a tratar en este análisis, debido a que, en cuanto a la sentencia del caso 28-15-IN sobre la tenencia de menores, en donde ya no se favorece a la madre como la que puede gozar de la tenencia de sus hijos menores, la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció a favor de la tenencia y no de la patria potestad como tal.

Por este motivo, se hace necesario resaltar que existe una diferencia muy marcada entre ambos conceptos, para poder comprenderlos a cabalidad a lo largo del análisis.

1.1.1 Patria Potestad

La patria potestad, conforme a la Real Academia Española, es la "potestad ejercida por los padres en beneficio de sus hijos no emancipados, de acuerdo con su

personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica"[1]. En ese sentido, la patria potestad pertenece a los padres desde la concepción de sus hijos, mientras no tengan la edad legal para emanciparse, y se puede privar a un padre de la patria potestad gracias al art. 112 del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), que puede suspender el ejercicio de la patria potestad, entre otras causas, si el progenitor se ha ausentado injustificadamente por tiempo prolongado, si ha maltratado al menor, o si de alguna forma ha atentado contra su integridad física o moral[2].

1.1.2. Tenencia o custodia

Por otra parte, Villena explica que la tenencia de menores es un atributo perteneciente a la patria potestad, siendo esta su mayor diferencia y tratándose del derecho que tiene un progenitor a vivir con su hijo o hija menor de edad, así como la responsabilidad de su crianza y de la protección de su interés superior[3].

La tenencia es entonces una parte de la patria potestad y no un concepto intercambiable con el de la patria potestad, en tanto que la patria potestad es el todo y la tenencia es solamente una porción de la que se goza en conjunto con la patria

---

[1] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Patria Potestad. 2023. Disponible en https://dpej.rae.es/lema/patria-potestad.

[2] Art. 112: "Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas: 1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; 2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113; 3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor; 4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada; 5. Alcoholismo y dependencia de substancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y, 6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral. Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad.". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

[3] VILLENA, Patricia, Tenencia de menor. 2023. Disponible en https://villenaabogados.com/areas/tenencia-de-menor/.

potestad: el progenitor que se queda con la tenencia del menor mantiene la patria potestad, pero el progenitor al que le arrebatan la tenencia puede seguir gozando de la patria potestad, con lo cual debe cumplir con sus deberes de manutención, régimen de visitas y crianza compartida. Si al padre se le limita, suspende o arrebata la patria potestad por diversas causas, tales como abandono, maltrato o negligencia, como aparece descrito en los artículos 111, 112 y 113 del CONA sobre la limitación[4], suspensión[5] y privación de la patria potestad[6], el padre igualmente puede continuar realizando todas esas acciones por su hijo, pero de manera voluntaria, por lo que ya no tiene el deber jurídico ni judicial de velar por el menor, a menos que se le restituya su derecho a la patria potestad si observa los parámetros requeridos para que esto suceda.

1.1.3. Tenencia o custodia compartida

[4] Art. 111: "Limitación de la patria potestad.- Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

[5] Art. 112: "Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas: 1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; 2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113; 3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor; 4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada; 5. Alcoholismo y dependencia de substancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y, 6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral (…)". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

[6] Art. 113: "Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos: 1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija; 2. Abuso sexual del hijo o hija; 3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; 4. Interdicción por causa de demencia; 5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija (…)". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

Rivera presenta la tenencia o custodia compartida como una institución que tiene por objetivo "proteger a la familia y mantener el vínculo entre padres e hijos y sus relaciones parentales, afectivas, educativas importantes en la crianza de los niños el contar con las dos figuras paterna y maternal"[7]. La tenencia compartida es, entonces, la acción de criar al menor entre ambos padres, sin importar si estos viven juntos o en hogares separados, formando un equipo provisto de corresponsabilidad parental, en el cual los padres se reparten los deberes para con el menor de forma equitativa y justa para ambos.

Catalán et al. presentan varios tipos de tenencia compartida que son atribuidos a la ruptura de los progenitores, y son los siguientes: la custodia exclusiva, la repartida o alterna, la partida y la conjunta o compartida[8].

La custodia exclusiva es la que por lo general impera en el sistema judicial, dándose esta a uno de los progenitores cuando no hay un mutuo acuerdo, y suele efectuarse en tribunales por esta misma causa[9].

La custodia repartida o alterna da la posibilidad a cada uno de los progenitores a que tengan a sus hijos durante un período dentro del año, acordado por los padres o por vía judicial, y luego el progenitor podrá tenerlos en régimen de visitas por el período restante del año[10].

---

[7] RIVERA, Verónica, La tenencia compartida y los derechos de los niños niñas y adolescentes. 2017. Disponible en https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7264/1/TUAEXCOMAB034-2017.pdf.

[8] CATALÁN, María, et al, La custodia compartida: Concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho. 2007. Disponible en https://www.redalyc.org/pdf/3150/315024768008.pdf.

[9] Ibídem.

[10] Ibídem.

Luego está la custodia partida, la cual se da cuando hay varios hijos: unos hijos quedan en la tenencia de uno de los padres, y los otros se van con el otro progenitor[11].

Por último, la custodia compartida o conjunta se define como la custodia que ambos padres ostentan, de forma que se asegure la posibilidad de acceder de forma continuada a los hijos[12].

1.1.4. Corresponsabilidad parental

La responsabilidad de criar a un menor no es de un solo progenitor, sino de ambos. De esto trata la corresponsabilidad parental, de criar al menor incluso si ambos padres están separados. Acuña destaca que el principio de corresponsabilidad "independiza el ejercicio de la parentalidad de género", así como el ejercicio de la parentalidad del techo y cuidado personal[13]. Cuando los padres están separados, ambos deben tomar cuidado personal, individual o compartido de todo lo que hacen los menores o de todo lo que necesitan para tener un desarrollo normal, así como mantener una comunicación abierta y un contacto regular con el menor, de manera que se garantice la cercanía en la relación[14].

La corresponsabilidad parental no es una forma de tenencia, sino un deber que se consagra tanto en la patria potestad como en la tenencia individual o compartida para,

---

[11] Ibídem.
[12] Ibídem.
[13] ACUÑA, Marcela. Corresponsabilidad parental. En especial el abordaje del cuidado y comunicación. 2018. Disponible en https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/seminario_legislar_marcela_acuna.pdf#:~:text=El%20cuidado%20de%20los%20hijos,y%20educaci%C3%B3n%20de%20sus%20hijos.
[14] Ibídem.

como se dijo anteriormente, dividirse las cargas de crianza de la manera más justa para ambos progenitores.

1.2. Diferencias entre patria potestad y tenencia

Es engorroso el hecho de que los padres no lleguen a un acuerdo sobre quién deberá quedarse con el menor luego de un divorcio, debido a que quien sufre las consecuencias más graves de ese desacuerdo siempre será el menor, que estará en disputa hasta que un juez de familia tome la decisión final sobre quién deberá quedarse con su tenencia y, por consiguiente, de su cuidado y crecimiento integral y saludable.

En este punto, el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) también ejerce una regulación, que en su artículo 118 sobre la procedencia de la tenencia explica que el juez deberá estimar la decisión más conveniente para el desarrollo integral del menor, confiando su cuidado y crianza a uno de los progenitores a través de la tenencia judicial sin afectar la patria potestad[15].

Escajadillo establece una diferencia clave entre la patria potestad y la tenencia: mientras que la patria potestad es "una institución de amparo y protección familiar" que funciona a través de la filiación, la tenencia es "la institución legal que le otorga a

[15] Art. 118: "Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

uno de los padres el derecho a la convivencia con los hijos"[16]. En ese sentido, la patria potestad es irrevocable, puesto que surge de la filiación, que según la Real Academia Española es la relación natural y jurídica entre dos personas en donde una desciende de la otra por hecho natural (procreación) o jurídico (adopción)[17]. Sin embargo, y como ya se mencionó anteriormente, este carácter irrevocable se puede revertir en Ecuador gracias a los puntos previstos en el artículo 112 del CONA.

El CONA también diferencia la patria potestad de la tenencia en el ya mencionado artículo 118, en donde explica que la tenencia se encargará a la persona más idónea bajo las reglas que establece el artículo 106[18], sin que esto afecte el ejercicio conjunto de la patria potestad que detentan ambos progenitores[19]. Por lo tanto, la patria potestad de ambos padres no se ve alterada si uno de ellos pierde la tenencia del

[16] ESCAJADILLO, José, Patria Potestad y Tenencia - Diferencias. 2019. Disponible en https://escajadillo.legal/2019/08/patria-potestad-y-tenencia-diferencias/.

[17] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Filiación. 2023. Disponible en https://dpej.rae.es/lema/filiaci%C3%B3n.

[18] Art. 106: "Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija; 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral; (…) 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y, 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

[19] Art. 118: "Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 (…)". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

menor por la separación de los padres, excepto si incumplen con los numerales del artículo 112 del CONA.

1.3. Breve análisis sobre el interés superior del menor

Aquello que se interpreta como el interés superior de los menores (o del niño, como se le conoce en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en el CONA), se basa en el cumplimiento de los derechos del menor y en proporcionarle una vida sana, saludable, acorde con su edad, y el respeto a su dignidad, así como a su integridad tanto física como moral, psicológica y espiritual[20].

El CONA define el interés superior del niño en su artículo 11 como un principio "orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes"[21], además de establecer por ley que todas las instituciones relacionadas con estos derechos pongan este interés por sobre cualquier otro a la hora de tomar decisiones en cuanto a los menores.

1.4. Revisión del procedimiento para la obtención de la tenencia

Existen algunos pasos primordiales que por lo general se deben seguir para que, cuando no exista un acuerdo entre los padres del menor a la hora de separarse y

[20] COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS MÉXICO, El Interés Superior de Niñas Niños y Adolescentes. 2018. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri_interes_superior_NNA.pdf.

[21] Art. 11: "El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

decidir quién se encargará de cuidar al niño o niña, se pueda aplicar un proceso en el cual se resuelva de forma judicial el dilema de quién debe quedarse con la tenencia del menor y por qué.

Una vez que los padres se separan, bien sea a través del divorcio o simplemente por una separación de domicilio de uno de los progenitores, no siempre logran llegar a un acuerdo de quién podrá quedarse con el menor, puesto que, en ocasiones, uno de los padres quiere evitar tener que pagar la pensión alimenticia, o el régimen de visitas, o siempre hay un padre más comprometido que el otro, o quizás ambos están dispuestos a cuidar del menor en igualdad de condiciones. Es por ello que deben tomarse en cuenta ciertos aspectos meritorios, tales como las posibilidades económicas de ambos padres, la estabilidad emocional, psicológica y afectiva que cada uno de los padres proporciona al menor, y quién tiene más tiempo disponible para educarlo y proveerle los cuidados necesarios, entre otros puntos.

El paso fundamental para definir la tenencia es una audiencia de conciliación en la cual los padres deberán encontrarse para definir la situación: si deciden definir quién de los progenitores se quedará con la tenencia, se firma el acuerdo y se procede a legalizar la tenencia del menor. En caso contrario, los padres entrarán en juicio por la tenencia del menor.

Debido a que en Ecuador no hay un procedimiento para el juicio por tenencia establecido en el CONA, este mismo texto legal describe en su artículo 3 “lo no previsto” o lo no establecido[22], es decir, la supletoriedad con la que deberán aplicarse

[22] Art. 3: “Supletoriedad.- En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este

las normas del resto del CONA, sin que esta aplicación incurra en contradicciones que pudieran afectar el interés superior del menor.

Al respecto, Rosado argumenta que "es menester el informe que proporcionan las oficinas técnicas (…), órgano auxiliar de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia, en el trabajo con la niñez y adolescencia"[23], lo cual significa que, de no haber conciliación entre los padres y se mantenga el desacuerdo, la tenencia se deberá disputar en un juicio de carácter contencioso con todas las características propias de un juicio: audiencia de conciliación, audiencia probatoria, e incluso la posibilidad de presentar un recurso si la sentencia no satisfizo a alguna de las partes o la parte insatisfecha con el resultado considera que tiene los medios necesarios para apelar la decisión en segunda instancia y lograr recuperar la tenencia.

Por lo tanto, un juez deberá escuchar al menor, decantarse preferiblemente por el progenitor con el que el menor convivió de forma armónica más tiempo, establecer un régimen de visitas para el padre que pierda la tenencia, y dar prioridad a quien proteja los derechos del menor a contactarse con el otro padre (Villena, 2023)[24].

2. Análisis de la Sentencia Nº 28-15-IN/21 con relación a la patria potestad y la preferencia materna considerada incostitucional

Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia. ". CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código de la Niñez y Adolescencia. 2003. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

[23] ROSADO, Narcisa, La Tenencia, el Procedimiento, Derechos Constitucionales y Tratados Internacionales del Menor de edad. 2017. Disponible en https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7217/1/TUAEXCOMMDF006-2017.pdf.

[24] VILLENA, Patricia, Tenencia de menor. 2023. Disponible en https://villenaabogados.com/areas/tenencia-de-menor/.

La vulneración del derecho de igualdad que debe existir en cuanto a la tenencia compartida, es el punto fundamental de la sentencia Nº 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional. Comprender por qué se permite que los progenitores puedan gozar en igual medida de los mismos derechos para criar y ver crecer a sus hijos es un hecho que tuvo que ser llevado hasta la Corte Constitucional para llamar la atención sobre el error que era mantener la preferencia materna en la tenencia por encima del interés superior del niño, incluso si la misma ley, a través del CONA y de la misma Constitución, vigilan que se anteponga precisamente el interés superior del menor.

La madre, según la UNICEF, "Es la persona que está más cerca para acompañarnos a través de toda la trayectoria vital"[25]. En consecuencia, la preferencia de la madre ha sido predominante a través de la historia, no solamente en Ecuador, sino en muchos países de Latinoamérica y del mundo, porque es precisamente la madre la que se encarga de criar sola a sus hijos en muchos casos en los que el padre simplemente abandona el núcleo familiar, muere o debe trabajar en lugares alejados del hogar, y por este y otros motivos, la madre es la figura parental más importante para el sano desarrollo del menor.

La madre es quien tiene el primer contacto con el menor desde el vientre; luego de que nace es el primer rostro y la primera voz con los que el bebé tiene contacto, lo cría, lo amamanta, le da cariño, le inculca valores. Sin embargo, todo este panorama se evalúa desde un punto de vista subjetivo, debido a que no siempre es esta la

[25] UNICEF. El rol de las madres en la vida de los niños, niñas y adolescentes. 2022. Disponible en https://www.unicef.org/chile/historias/el-rol-de-las-madres-en-la-vida-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes.

realidad de la figura materna: hay madres que abandonan a sus hijos, bien sea por falta de vocación materna, o por traumas relacionados con la salud mental de la mujer, que pudo haber sido víctima de la violencia, el abandono, el miedo o de muchos otros factores que le hubieran impulsado a hacerlo (Diario Clarín, 2010)[26].

Una vez aclarado este punto sobre la importancia de la madre y de la figura materna en la vida y desarrollo integral del menor, es imprescindible comprender el estado de las instituciones públicas que se encargan de evaluar el interés superior del menor, debido a que la sentencia Nº 28-15-IN/21se encarga de abrir la puerta a que ambos padres gocen de los mismos derechos en cuanto a la tenencia, pero no se toma en cuenta la forma en que las instituciones públicas relacionadas con la atención a niños, niñas y adolescentes manejan los casos y evalúan el estado del menor a fondo para determinar realmente con quién debe quedarse.

Este último punto de vista se puede comprobar con el caso de René Salinas Ramos, el padre cuencano que recientemente se cambió el género en la cédula, debido a que consideraba –y aún considera- que existe una evidente discriminación en cuanto a la preferencia de la madre en la tenencia de menores, y se preocupó por obtener la custodia de sus hijas para darles el cuidado que ellas necesitan, por lo cual cambió de género, mas no por un tema de inclinaciones sexuales[27].

[26] DIARIO CLARÍN. Quien abandona a un hijo, ¿fue una mujer abandonada? 2010. Disponible en https://www.clarin.com/hijos/columnista-adrea-gomez-mujeres-abandonan-abandonadas-hijos-chicos-nicolas-supermercado_0_SyTR2J9v7l.html.

[27] REVISTA SEMANA. La historia del hombre que se cambió el género para tener la custodia de sus hijas: "También soy mamá". 2023. Disponible en https://www.semana.com/mundo/articulo/la-historia-del-hombre-que-se-cambio-el-genero-para-tener-la-custodia-de-sus-hijas-tambien-soy-mama/202303/.

Al respecto, Salinas indicó que "con su motivación busca establecer un precedente para que a futuro primen otros factores para determinar quién debe quedarse con los niños"[28], de forma que no exista ningún tipo de discriminación que viole las garantías constitucionales en cuanto a la no discriminación por género y del CONA con relación a la tenencia de menores. Esto se da como consecuencia de que, en palabras de Salinas, en Ecuador el género masculino es sinónimo de restricciones, se le relaciona con el machismo y con el padre que no es más que mero proveedor[29], y se encuentra en gran desventaja comparado a su homóloga de género femenino en lo personal, debido a que, por lo antes mencionado, Salinas no había podido ver a una de sus hijas en año y medio, y tiene pruebas de que su otra hija ha sufrido maltrato por parte de la madre, y esto le ha hecho razonar en cuanto a la discriminación que le impide quedarse con la custodia de sus hijas.

Salinas, por una parte, asegura que aún existe este tipo de discriminación en la práctica, por más que se haya eliminado la preferencia materna en el CONA, y por otra parte, dos abogados le responden que no era necesario cambiar de género, debido a que no se trata de "una batalla entre el papá y la mamá" sino del mejor cuidado y de las mejores condiciones que le pueda proporcionar uno o el otro[30].

Queda entonces una duda de cómo están funcionando realmente los organismos encargados de proteger el interés superior del menor, bajo qué circunstancias están ellos examinando las condiciones en las que vive el menor, en qué parámetros se

[28] Ibídem.
[29] Ibídem.
[30] Redacción El Telégrafo. "No es necesario cambiar de género para acceder a la custodia de los hijos", dicen abogados. 2023. Disponible en https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/actualidad/44/no-es-necesario-cambiar-de-genero-para-acceder-a-la-custodia-de-los-hijos-dicen-abogados.

basan para darle preferencia a la madre, aunque, en la realidad, la madre no sea la progenitora más apta para encargarse de la tenencia de sus hijos y todo lo que ella conlleva, y todo lo cual genera incertidumbre en padres como Salinas, que están más que dispuestos a cuidar a sus hijos tal como lo haría una madre o mejor.

Conclusiones

La tenencia y la patria potestad son elementos no análogos, sino que, más bien, uno complementa al otro. Por ello, la decisión judicial sobre quién se queda con la patria potestad es irrevocable a menos que alguno de los padres reúna los méritos para que le sea revocada parcial o totalmente, por tiempo limitado o indefinidamente. No sucede así con la tenencia, en cuyo caso la separación de los padres puede provocar que uno de ellos termine quedándose con la custodia judicial del menor, mientras que

el otro se debe someter a un régimen de visitas, pensión alimenticia, entre otros puntos concernientes.

La sentencia nº 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional hace constar que, en efecto, las diferencias de género dejaron de ser resaltantes en el territorio ecuatoriano para determinar la validez de la tenencia para un progenitor o para el otro. No obstante, casos como el de René Salinas, quien cambió su género porque consideraba que esto le permitiría luchar por sus hijas en igualdad de condiciones con la madre, generan una enorme duda con respecto a si realmente, en la práctica, la medida de no discriminación por género, consagrada en la Constitución, realmente se está cumpliendo.

Por consecuencia, la opinión pública, en este punto, podría dividirse entre quienes consideran que Salinas tiene la razón y entre quienes defienden la jurisprudencia y las leyes como garantes de todo lo que en ellas se dicta. Al respecto, no basta con decir que las medidas están en un texto legal si en la práctica se vulneran o se pasan por alto al momento de tomar una decisión jurídica.

Así como históricamente la madre ha tenido la preferencia en la tenencia por considerarse su rol como protectora y pilar de la familia, es momento de que también se reconozca que los padres no pueden seguir cargando con el estigma del esquema patriarcal en el cual el padre solamente provee, mientras que la madre cría.

La corresponsabilidad parental es imprescindible para determinar quién de los dos padres tiene más méritos para quedarse con la tenencia, más allá de si los hijos viven

con uno o con el otro, puesto que también se les debe preguntar a los menores con quién sienten una mayor comodidad en el aspecto psicológico, a través de instrumentos certeros que garanticen que la opinión del menor es respetada y que, aunque los padres no estén de acuerdo con la decisión, entiendan que se toma por el bien superior de niño, quien a final de cuentas es quien en futuro tendrá la misma responsabilidad de criar a sus propios hijos, con equilibrio físico, económico, alimentario, educativo y mental adecuados.

Bibliografía

Acuña, Marcela. 2018. Corresponsabilidad parental. En especial el abordaje del cuidado y comunicación . [En línea] 2018. [Citado el: 08 de febrero de 2023.] https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/seminario_legislar_marcela_acuna.pdf#:~:text=El%20cuidado%20de%20los%20hijos,y%20educaci%C3%B3n%20de%20sus%20hijos..

Asamblea General de las Naciones Unidas. 2006. Convención sobre los derechos del niño. [En línea] 2006. [Citado el: 27 de enero de 2023.] https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. 2008. Constitución de la República. [En línea] 2008. [Citado el: enero de 26 de 2023.]

https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf.

Benalcázar, Joffre. 2022. Análisis de la Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana. [En línea] 18 de febrero de 2022. [Citado el: 27 de enero de 2023.] http://201.159.223.180/bitstream/3317/18932/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-437.pdf.

Catalán, María, y otros. 2007. LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO. [En línea] 2007. [Citado el: 11 de febrero de 2023.] https://www.redalyc.org/pdf/3150/315024768008.pdf.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. 2018. El Interés Superior de Niñas Niños y Adolescentes. [En línea] 2018. [Citado el: 27 de enero de 2023.] https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri_interes_superior_NNA.pdf.

Congreso Nacional de la Repùblica del Ecuador. 2003. CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. [En línea] 03 de enero de 2003. [Citado el: 24 de enero de 2023.] https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf.

Corte Constitucional de la República del Ecuador. 2021. CASO No. 28-15-IN. [En línea] 24 de noviembre de 2021. [Citado el: 24 de enero de 2023.] http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1lYWJlLTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=.

Diario Clarín. 2010. Quien abandona a un hijo, ¿fue una mujer abandonada? [En línea] 2010. [Citado el: 13 de febrero de 2023.] https://www.clarin.com/hijos/columnista-adrea-gomez-mujeres-abandonan-abandonadas-hijos-chicos-nicolas-supermercado_0_SyTR2J9v7l.html.

Escajadillo, José. 2019. PATRIA POTESTAD Y TENENCIA – DIFERENCIAS. [En línea] 01 de agosto de 2019. [Citado el: 26 de enero de 2023.] https://escajadillo.legal/2019/08/patria-potestad-y-tenencia-diferencias/.

Guías Jurídicas Wolters Kluwer. 2023. Patria potestad. [En línea] 2023. [Citado el: 26 de enero de 2023.] https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjU2NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA_81QdTUAAAA=WKE.

Imbaquingo, Jorge. 2021. CC determina que tenencia de los hijos ya no solo recae en la madre. [En línea] 10 de diciembre de 2021. [Citado el: 25 de enero de 2023.] https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/corte-constitucional-patria-potestad-hijos-madre-padre.html.

Plan V. 2022. El cambio de escenario que posibilitará la tenencia para padres. [En línea] 04 de enero de 2022. [Citado el: 27 de enero de 2023.]

https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/el-cambio-escenario-que-posibilitara-la-tenencia-padres.

Real Academia Española. 2023. Filiación. [En línea] 2023. [Citado el: 26 de enero de 2023.] https://dpej.rae.es/lema/filiaci%C3%B3n.

—. 2023. Patria Potestad. [En línea] 2023. [Citado el: 27 de enero de 2023.] https://dpej.rae.es/lema/patria-potestad.

Redacción El Telégrafo. 2023. "No es necesario cambiar de género para acceder a la custodia de los hijos", dicen abogados. [En línea] 2023. [Citado el: 14 de febrero de 2023.] https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/actualidad/44/no-es-necesario-cambiar-de-genero-para-acceder-a-la-custodia-de-los-hijos-dicen-abogados.

Revista Semana. 2023. La historia del hombre que se cambió el género para tener la custodia de sus hijas: "También soy mamá". [En línea] 2023. [Citado el: 14 de febrero de 2023.] https://www.semana.com/mundo/articulo/la-historia-del-hombre-que-se-cambio-el-genero-para-tener-la-custodia-de-sus-hijas-tambien-soy-mama/202303/.

Rivera, Verónica. 2017. LA TENENCIA COMPARTIDA Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES. [En línea] 2017. [Citado el: 10 de febrero de 2023.] https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7264/1/TUAEXCOMAB034-2017.pdf.

Rosado, Narcisa. 2017. LA TENENCIA, EL PROCEDIMIENTO, DERECHOS CONSTITUCIONALES Y TRATADOS INTERNACIONALES DEL MENOR DE EDAD. [En línea] 2017. [Citado el: 25 de enero de 2023.] https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7217/1/TUAEXCOMMDF006-2017.pdf.

UNICEF. 2022. El rol de las madres en la vida de los niños, niñas y adolescentes. [En línea] 2022. [Citado el: 13 de febrero de 2023.] https://www.unicef.org/chile/historias/el-rol-de-las-madres-en-la-vida-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes.

Villena, Patricia. 2023. Tenencia de menor. [En línea] 2023. [Citado el: 27 de enero de 2023.] https://villenaabogados.com/areas/tenencia-de-menor/.