



UNIVERSIDAD POLITÉCNICA SALESIANA
SEDE CUENCA
CARRERA DE DERECHO

ANÁLISIS DE SENTENCIA 28-15-IN EL ENCARGO PREFERENTE DE LA
TENENCIA DE LOS HIJOS HACIA LA MADRE VIOLA EL PRINCIPIO DE
CORRESPONSABILIDAD PARENTAL, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Abogado

AUTOR: ANDRÉS FERNANDO GARCÍA ERAZO

TUTOR: DR. JUAN JOSÉ BERNAL BRITO

Cuenca - Ecuador

2025

**CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD Y AUTORÍA DEL TRABAJO DE
TITULACIÓN**

Yo, Andrés Fernando García Erazo con documento de identificación N° 0105701601, manifiesto que:

Soy el autor y responsable del presente trabajo; y, autorizo a que sin fines de lucro la Universidad Politécnica Salesiana pueda usar, difundir, reproducir o publicar de manera total o parcial el presente trabajo de titulación.

Cuenca, 13 de enero del 2025

Atentamente,



Andrés Fernando García Erazo

0105701601

**CERTIFICADO DE CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR DEL TRABAJO DE
TITULACIÓN A LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA SALESIANA**

Yo, Andrés Fernando García Erazo con documento de identificación N° 0105701601, expreso mi voluntad y por medio del presente documento cedo a la Universidad Politécnica Salesiana la titularidad sobre los derechos patrimoniales en virtud de que soy autor del Análisis de caso: “Análisis de sentencia 28-15-IN El encargo preferente de la tenencia de los hijos hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental, igualdad y no discriminación dentro de la Legislación Ecuatoriana.”, el cual ha sido desarrollado para optar por el título de: Abogado, en la Universidad Politécnica Salesiana, quedando la Universidad facultada para ejercer plenamente los derechos cedidos anteriormente.

En concordancia con lo manifestado, suscribo este documento en el momento que hago la entrega del trabajo final en formato digital a la Biblioteca de la Universidad Politécnica Salesiana.

Cuenca, 13 de enero del 2025

Atentamente,



Andrés Fernando García Erazo

0105701601

CERTIFICADO DE DIRECCIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Juan José Bernal Brito con documento de identificación N° 0302074851, docente de la Universidad Politécnica Salesiana, declaro que bajo mi tutoría fue desarrollado el trabajo de titulación: ANÁLISIS DE SENTENCIA 28-15-IN EL ENCARGO PREFERENTE DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS HACIA LA MADRE VIOLA EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA., realizado por Andrés Fernando García Erazo con documento de identificación N° 0105701601, obteniendo como resultado final el trabajo de titulación bajo la opción Análisis de caso que cumple con todos los requisitos determinados por la Universidad Politécnica Salesiana.

Cuenca, 13 de enero del 2025

Atentamente,

JUAN
JOSE
BERNA
L BRITO

Firmado digitalmente por JUAN JOSE BERNAL BRITO
Fecha: 2025.01.13 14:37:21 -05'00'

Dr. Juan José Bernal Brito

0302074851

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a mis padres, Víctor y Roció por haber sido el pilar fundamental a lo largo de mi carrera universitaria y de mi vida, por brindarme todo el apoyo necesario, sin ellos nada de esto hubiese sido posible.

A mis hermanos, Melisa, Andy, Daniel y Hugo y a mi novia Gabriela que con sus palabras ha sido un refugio y siempre me ha motivado a seguir adelante superando todos los obstáculos que se presentan

A todas las personas especiales que me acompañaron en esta etapa, aportando conocimientos a mi formación tanto académica y como de ser humano.

AGRADECIMIENTO

A mi familia y a mis docentes por haberme dado la oportunidad de cursar mis estudios universitarios para formarme profesionalmente

De manera especial a mi tutor de análisis de caso, Dr. Juan José Bernal Brito, por haberme guiado en este camino de una manera excepcional, brindándome todo el apoyo necesario para realizar el presente trabajo de titulación y así culminar mi carrera universitaria.

A la Universidad Politécnica Salesiana por todas las oportunidades brindadas a lo largo de mi vida académica como estudiante.

RESUMEN

Dentro de la sentencia 28-15-IN, la Corte Constitucional, hace una interpretación en donde podemos evidenciar, como el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, otorga cierta preferencia a la madre con respecto a la tenencia de los hijos menores, vulnerando claramente principios y derechos Constitucionales, como el derecho de Corresponsabilidad Parental, El interés Superior del Niño y el Principio de Igualdad y no Discriminación. Para Analizar la sentencia, nos adentramos un poco en el campo histórico de cómo fue surgiendo estos derechos y principios, por lo cual, comenzare mencionando a la Revolución Francesa en 1789 que marco uno de los principales Hitos, sobre el derecho de Igualdad. En aquella época, el enfrentamiento en contra de la nobleza, busco anular los privilegios que en aquel entonces mantenían los nobles.

Después de la segunda guerra mundial, con el Holocausto, se manifiesta la Declaración Universal de los Derechos Humanos en busca de proteger el derecho de las personas, como la Igualdad y no Discriminación. Es necesario mencionar que, el menor en sus primeros años de vida, efectivamente crea, un apego emocional con la madre, en primer lugar, podría considerarse que, sería la más idónea para el cuidado de los hijos, sin embargo, el padre a través de convivir con sus hijos y diferentes otras acciones, crea también ese apego con el menor por el cual se llega a considerar que no necesariamente la madre es la única que puede educar al menor.

La Corresponsabilidad Parental surge a mediados del siglo XX, su objetivo se basa en garantizar que los padres, participen activamente en la vida de sus hijos, sin ningún tipo de discriminación, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 106 numeral 2 y 4, presenta un conflicto, en vista que la norma, menciona la preferencia de los hijos menores a la madre, se analiza si se generan estereotipos a la mujer y discrimina al hombre.

Palabras Clave: Corresponsabilidad Parental – Igualdad y No Discriminación – Tenencia.

ABSTRACT

Within the sentence 28-15-IN, the Constitutional Court makes an interpretation where we can see how the Organic Code of Children and Adolescents grants a certain preference to the mother with respect to the custody of minor children, clearly violating constitutional principles and rights such as Parental Co-responsibility, the Best Interest of the Child and the Principle of Equality and Non-Discrimination. To analyze the sentence, we delve a little into the historical field of how these rights and principles emerged, therefore, I will begin by mentioning the French Revolution in 1789, which marked one of the main milestones regarding the right to Equality. At that time, the confrontation against the nobility sought to annul the privileges that the nobles held at that time.

After the Second World War, with the Holocaust, the Universal Declaration of Human Rights was expressed in order to protect the rights of people, such as equality and non-discrimination. It is necessary to mention that, in the first years of life, an emotional attachment is created between the child and the mother, which at first could be considered the most suitable for the care of the children, however, the father, through living with his children and different other actions, also creates that attachment with the child, which leads to the conclusion that the mother is not necessarily the only one who can educate the child.

Parental Co-Responsibility emerged in the mid-20th century. Its objective is based on ensuring that parents actively participate in the lives of their children, without any type of discrimination. The Organic Code of Childhood and Adolescence, in its article 106, numeral 2 and 4, presents a conflict, since the norm mentions the preference of minor children to the mother, mentions that it generates stereotypes about women and discriminates against men.

Keywords: Parental Co-responsibility – Equality and Non-Discrimination – Custody.

ÍNDICE DE CONTENIDO

PORTADA	1
CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD Y AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	2
CERTIFICADO DE CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN A LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA SALESIANA	3
CERTIFICADO DE DIRECCIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	4
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTO	6
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
ÍNDICE DE CONTENIDO	9
1. PROBLEMA DE ESTUDIO	10
1.1 Explicación del Problema de Estudio	10
1.2 Antecedentes o Estado del Arte	11
1.3 Importancia del Problema de Estudio	16
1.4 Metodología	16
2. OBJETIVO GENERAL	17
3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	17
4. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	17
CAPÍTULO I	17
1.1 El principio de Igualdad y no Discriminación	17
1.2 El conflicto que plantea la sentencia 28-15-IN	22
1.3 ¿Que implica que una norma sea impugnada?	28

CAPÍTULO II	29
2.1 La preferencia en la tenencia de los hijos a la madre visto desde un punto histórico	29
2.2 Antecedentes judiciales	30
2.3 El desarrollo del hijo en los primeros años de vida	32
2.4 La Corresponsabilidad Parental	34
2.5 Aplicación de las normas Constitucionales	37
CAPÍTULO III	39
3.1 El conflicto que presenta el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con respecto a la tenencia de los hijos con preferencia a la madre y lo que manifiesta la Constitución de la República del Ecuador	39
5. CONCLUSIONES	49
6. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	51
7. BIBLIOGRAFIA	52

1. PROBLEMA DE ESTUDIO.

1.1 Explicación del Problema de Estudio.

Dentro de la sentencia 28-15-IN-21, la Corte Constitucional determina la existencia de una contraposición normativa entre el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución de la República del Ecuador con relación a los hijos y la tenencia preferente de la madre que vulnera el principio de igualdad y no discriminación así también el principio de corresponsabilidad parental.

¿El encargo preferente de la tenencia de los hijos hacia la madre viola el principio de igualdad y no discriminación y la corresponsabilidad parental dentro de la legislación Ecuatoriana?

1.2 Antecedentes o Estado del Arte.

La acción de inconstitucionalidad fue presentada por Farit Simón, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia en razón del artículo 106 del código orgánico de la niñez y la adolescencia, numeral 2 y 4 que fundamentan la preferencia de la tenencia de los hijos hacia la madre. (Sentencia N.º 28-15-IN-CC, 2021, p 2).

Ahora bien, el artículo 106 del Código Orgánico de la niñez y Adolescencia nos manifiesta “La patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiara a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o hija”, existiendo definitivamente una clara vulneración de derechos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La parte accionante fundamentaba que la norma impugnada, vulneraba el principio de igualdad y no discriminación, además perpetua estereotipos en el rol de la mujer en la sociedad, sin contar que, analizando el caso, contradice al interés superior del niño, niña y adolescente, cuyos derechos por ejemplo el de ser escuchados no se aplicaría de manera correcta. (Sentencia N.º 28-15-IN-CC, 2021).

Simón, Campaña, (2009) plantea que históricamente, la responsabilidad parental se imponía en un solo miembro de los padres; en la edad antigua, tomando en cuenta la cultura Griega y Romana, la madre no tenía derechos legales sobre los hijos. La mujer en aquel entonces era considerada un objeto, en el cual el hombre podría disponer, sin embargo, el hombre gozaba de ciertos beneficios como la patria potestad, la tutela, las decisiones sobre la educación de los hijos. (Simón, Campaña, 2009).

Simón, Campaña, (2009) menciona que, en la edad media, el cristianismo comienza a influir en la concepción de la familia, los padres tenían el deber de orientar a los hijos a un desarrollo espiritual y el afecto o amor a sus miembros, es entonces que la responsabilidad

parental empieza a enfocarse en la educación religiosa, sin embargo, la autoridad paterna seguiría siendo el dominante. (Simón, Campaña, 2009).

En el siglo XVIII, comienza un movimiento feminista quienes cuestionaban la autoridad paterna, comienzan a realizarse debates sobre la igualdad de género y los derechos de la madre, el feminismo promulgaba un cambio en las relaciones sociales, su ideología se basaba en la liberación para ambos géneros eliminando jerarquías y desigualdades. (Torres Lucia, 2003).

Ahora tomando en cuenta la ideología que se presenta en aquella época, surge de esta la revolución feminista, las cuales buscaban la igualdad, mencionaban que su lucha se da por derechos que en aquel entonces los hombres entendían que no podían las mujeres gozar de ciertos tipos de beneficios, mencionaban un sistema conocido como el patriarcado cuyos protagonistas eran los hombres, estos impedían que el derecho entre los hombres y mujeres se apliquen de manera igualitaria. (Torres Lucia, 2003).

En 1948 la igualdad de género se manifiesta en las normas internacionales en la Declaración universal de los Derechos Humanos, mencionaban que:

Todas las personas son iguales y libres en derechos y dignidad, por primera vez todas las personas del mundo poseían un documento que garantizaba la igualdad de derechos sea de diferente raza o religión, es entonces que la igualdad entre los hombres y mujeres se comienzan a intensificar. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Ya en el siglo XX en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el año de 1959 se establecieron principios de igualdad y protección infantil, en 1979 se establece la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, en 1830 se establece la igualdad entre hombres y mujeres en Ecuador, sin embargo, la legislación de aquel entonces no reflejaba estos derechos. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Hoy en día la Declaración Universal de los derechos Humanos en su artículo número 16 nos manifiesta que: “los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Ahora el principio de igualdad surge en la revolución francesa más específicamente en 1789 además de la independencia de Estados Unidos en 1776, en donde se argumentaba que los “hombres nacen iguales” (Montesquieu, 1748).

La igualdad entre hombres y mujeres sigue evolucionando a través de la historia, podemos evidenciar que en todo el tiempo transcurrido, han ocurrido circunstancias que implica que el derecho debe adaptarse a las situaciones en que el entorno social se ve afectado, no implica que el derecho tiene que dar más prioridad a uno que a otro más bien nos manifiesta que se debe tornar igual, ahora si el derecho es igual para todos porque vulnerar el derecho del niño a ser escuchado o porque vulnerar el derecho del padre a tener la tenencia de sus hijos. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

En 1989 se entabla la Convención sobre los Derechos del Niño, el objetivo fue brindar mayor protección de derechos a los menores además los reconocían como agentes sociales, civiles, económicos y políticos, establecen diferentes responsabilidades y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos por lo cual voy a mencionar el artículo número 18 que nos manifiesta: (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Artículo 18. 1 Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo

del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (Unicef 2006, art.18).

Es entonces que se impone la obligación para que ambos padres velen por la seguridad, educación, salud y diferentes otros derechos de los hijos, ambos padres tienen que participar activamente de las obligaciones que tienen con sus hijos, por ende si una sola persona se hace cargo de su hijo, e impide que la otra persona sea la mamá o el papá participe, viola el derecho del otro padre de velar por los derechos de sus hijos e incluso se vulnera el derecho del propio padre de participar activamente de la vida de su hijo. (Mason, 1994).

Ahora “El Estado a través de la constitución tiene la obligación de velar por los derechos e intereses tanto de los padres como de los niños, niñas y adolescentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), por tal razón desde el momento de la concepción hasta el momento en que es separado de su madre, están protegidos por tales derechos en nuestra legislación ecuatoriana lo podemos encontrar en el Código Civil, Constitución, Código Orgánico de la niñez y adolescencia etc.

Los derechos en cualquier tipo de materia se rigen por la constitución, esta debe respetarse y entenderse como la carta suprema que no se puede violentar, si existen contradicciones entre normas, debemos tomar en cuenta primero los principios y derechos que emanan de la carta magna, esta nos va a servir como guía para defender derechos como en este análisis el de los hijos y padres. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Una de las primeras veces que se tomó en cuenta las normas constitucionales antes que la ley, lo evidenciamos en el caso estadounidense *Marbury vs Madison* donde se menciona la supremacía constitucional sin embargo para esta supremacía no existía un órgano específico que realizara esta protección constitucional, el Juez Marshall que atendía la problemática en aquel entonces menciona “ no se puede atender un caso que surge de la constitución sin atender

la constitución misma”.(Oyarte, 2021.pag37), dándonos a entender que de la constitución van a surgir las normas que regularan el derecho.

La Constitución del 2008 estableció la obligación del Estado de adoptar medidas necesarias para garantizar la igualdad de acceso a empleo, formación, promoción laboral y profesional para las mujeres, sin olvidar los derechos de los niños y padres, nuestra constitución busca garantizar de manera general que todos los derechos se cumplan y se garanticen. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Dentro de nuestro campo de estudio tenemos la Tenencia Compartida la cual se refiere a un acuerdo legal en el que ambos padres, tras una separación o divorcio, comparten la responsabilidad y el tiempo de crianza de sus hijos. Este enfoque busca asegurar que ambos progenitores mantengan un papel activo en la vida de los niños, promoviendo su bienestar emocional y desarrollo. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La corresponsabilidad parental, tiene diversos tipos de figuras como política, social, pero sobre todo jurídica, después de la segunda guerra mundial en Europa el interés superior del niño toma gran grado de importancia, con la declaración universal de los derechos del niño, se toma como característica fundamental la preferencia de tenencia de los hijos menores que pasan a ser de la madre, en virtud de que en una guerra existía gran participación activa en su mayoría de los hombres. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

La importancia de que ambos padres tengan una actitud proactiva en la vida de los hijos es fundamental para garantizar su estabilidad emocional, social, económico, de esta manera el menor va a crecer en un ambiente estable, responsable y con afecto que es lo importante para su desarrollo personal. (Lathrop, Fabiola, 2009).

1.3 Importancia del Problema de Estudio.

El análisis que vamos a realizar se encamina en identificar si se vulnera el principio de igualdad y no discriminación, así como la corresponsabilidad parental, el hecho de que exista preferencia en la tenencia de los hijos a la madre que vulnera el derecho del padre.

La sentencia nos ofrece una clara perspectiva acerca de los derechos y deberes tanto de los padres, como del Estado que busca proteger a los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, él no aplica el principio de igualdad y no discriminación y la corresponsabilidad parental con respecto a la tenencia en los padres, vulnera claramente no solo el derecho de los hijos, sino también el derecho de los padres.

La legislación ecuatoriana en busca de proteger los derechos de la familia como célula fundamental de la sociedad (Engels, 1884.p 63), analiza el Código de la niñez y la Adolescencia tomando en cuenta la normativa constitucional, reconocida como la carta suprema, es entonces que se llega a presentar un conflicto entre normas, que vulnera el derecho del padre con respecto a la tenencia de los hijos por lo cual es necesario analizar desde un punto de vista directo con la Constitución.

La gravedad de este conflicto se enlaza en que todos tenemos los mismos derechos, deberes y obligaciones, que sea la materia que fuere como civil o penal, existe normativa que nos ayuda a regular el aspecto jurídico de cada situación, la aplicación del derecho constitucional es fundamental para garantizar el derecho de familia.

1.4 Metodología.

El siguiente análisis utiliza la dogmática jurídica, como herramienta de interpretación por ser la más idónea, cuyo contenido se basa en 3 capítulos, dentro del primer capítulo analizaremos a través de diferentes datos, tratados internacionales, normas nacionales el conflicto que existe con relación al principio de igualdad y no discriminación, dentro de la

sentencia en el segundo capítulo identificaremos el problema que representa la preferencia de la tenencia de los hijos a la madre tomando en cuenta la normativa constitucional, finalmente en el tercer capítulo se identificara a través del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución de la República del Ecuador la contradicción de normas que genera la vulneración de derechos Constitucionales.

2. OBJETIVO GENERAL.

Determinar por qué existió vulneración de principios y derechos constitucionales a su vez exponer la importancia que tiene que el Código Orgánico de la niñez y Adolescencia se rija por la Constitución de la República del Ecuador.

3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Analizar el conflicto que se presenta en la sentencia 28-15-IN el principio de igualdad y no discriminación.
- Establecer por que la tenencia preferente de los hijos a la madre viola el derecho de corresponsabilidad parental dentro de las normas constitucionales.
- Determinar el conflicto que presenta el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con respecto a la tenencia de los hijos y con lo que manifiesta la Constitución de la República del Ecuador.

4. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

CAPÍTULO I.

1.1 El principio de Igualdad y no Discriminación.

Este principio surge por la necesidad de garantizar la igualdad de derechos entre individuos, adentrándose más a fondo, la igualdad no se puede aplicar solo a ciertas personas, el derecho en todo su entorno busca garantizar la dignidad, la oportunidad de tener una vida digna etc. (Rawls,1971). Sin embargo, garantizar la igualdad de derechos para una sociedad, es esencial a fin de evitar disputas dentro de la misma.

Actualmente, la Igualdad se puede considerar desde diferentes ámbitos, por ejemplo, en el campo sociológico, los hombres son iguales en derechos pero desiguales en sus características, sus costumbres, su edad o género, tomando en cuenta que no todas las personas se comportan de manera igualitaria o poseen el mismo nivel de vida, la igualdad de derechos fomentará que todas las personas sin importar sus características o costumbres sean protegidas por la normativa legal. (Rosseau,1762.)

Históricamente, se ha visto evidenciado que el no garantizar la igualdad, puede tener como consecuencia la conmoción social, tomando como ejemplo, el año de 1789, con la revolución francesa, buscaron como concepto fundamental anular los privilegios que en aquel entonces poseía la nobleza, como las excepciones de impuestos o la misma justicia, en aquella época la nobleza no podrá ser juzgada por tribunales ordinarios, estos solo serán juzgados por tribunales especiales, la justicia además no recaía con la misma severidad que recaía con el resto de la sociedad en general.(Tocqueville,1856)

La igualdad de oportunidades y obligaciones entre personas, contempla un papel importante dentro de la sociedad, el autor John Rawls, en su libro Teoría de la Justicia, menciona que gran parte de los derechos deben ser analizados y aplicados de una manera justa, lo que conlleva reducir las desigualdades entre individuos (Rawls,1971). Por ejemplo, en el campo político, económico, social, si las personas poseen diferentes obligaciones en las que en un lado favorece a las personas que tienen más recursos y en el otro afecta a las personas de escasos recursos, nos estaremos adentrando en un problema de inequidad, lo que en consecuencia puede afectar a la estabilidad social.

Los jefes de Estado en conjunto con todas aquellas autoridades que, aplican el derecho como los legisladores, jueces o abogados, deben considerar que todas las personas gozan de los mismos derechos o beneficios.

La igualdad se debe aplicar en todos los campos a los que se puede acceder, uno de ellos es la igualdad de oportunidades, en donde la persona se puede desarrollar en el ámbito personal, profesional o así también, la oportunidad de tener acceso a la justicia de manera igualitaria, todo esto con el fin de mantener una sociedad justa.

Hoy en día, se ha llegado a tomar en cuenta la importancia que tiene la igualdad dentro de la sociedad, la igualdad de oportunidades es esencial para mantener la armonía en el Estado, esto puede permitir a las personas desarrollarse sin sentir que sus derechos se encuentran siendo vulnerados, diversos grupos han enfrentado de manera incansable el tema de la desigualdad por ejemplo los LGBT que actualmente luchan por la igualdad de derechos y el respeto a la diversidad.

La discriminación generaliza con la falta de equidad en la aplicación de derechos, demuestra con estos grupos, las brechas sociales que generan al momento en que una persona o un grupo de personas, son tratados de manera injusta o desigual, rechazando de manera total o parcial el acceso a la justicia, basándose en diferentes características como su religión, género, etc.

La discriminación se puede presentar en diferentes campos por ejemplo en la discriminación racial, cuando una persona tiene un concepto pre concebido o tiene la ideología de que esa persona no es igual al resto por lo cual no podría tener derecho a obtener algún beneficio.

La lucha contra la discriminación de género ha sido implacable hasta en la actualidad, las mujeres en busca de equidad e igualdad de derechos con los hombres, han llevado a cabo múltiples protestas y luchas por el beneficio de la equidad, a lo largo de la historia podemos evidenciar que las mujeres carecían de estos beneficios como el derecho al trabajo o participar

en actividades políticas, en cualquier caso, el hombre siempre mantenía un rol más privilegiado que la mujer.

Por ejemplo, Aristóteles en su libro de Política, menciona que, en Mesopotamia o Grecia, a pesar de que la mujer desempeñaba un papel importante dentro del campo religioso, era considerada inferior. (Aristoteles,350 a.C./2018). De igual manera en la antigua Roma, las mujeres mantenían un poder relativo dentro de la familia, sin embargo, carecía de la facultad de elegir, tampoco podían participar en la política.

Actualmente la lucha por la discriminación de género ha seguido avanzando y lo podemos evidenciar en un suceso reciente que se presentó en Argentina en el año del 2015, con la frase que caracteriza este movimiento denominado “ni una menos” , fue un movimiento impulsado por la cantidad de femicidios que se suscitaron en ese momento, el movimiento se propagó por toda América latina, este movimiento tiene por objeto la justicia a las víctimas, quienes buscan también se apliquen reformas legales para proteger a las mujeres y prevenir la violencia.

Ahora, una vez analizada la igualdad y no discriminación entenderemos por qué surge este principio, cabe mencionar que un Principio es la base de la creación de algo, cuando hablamos de normativa legal, en nuestro país tomaremos en cuenta los principios de la Constitución de la República del Ecuador.

Los principios son la base fundamental de la normativa legal a la cual tenemos que acogernos y respetar, estos principios se encuentran consagrados en nuestra Constitución, es decir, todas las normas que encontramos con el Código Orgánico Integral Penal, el Código Civil así entre otros códigos, se rigen por principios Constitucionales.

Los Derechos Humanos empiezan a formar parte fundamental de la sociedad a raíz de la Segunda Guerra Mundial con el Holocausto, en donde se manifestaron violaciones y abusos

que se llevaron a cabo en aquella época histórica. La Declaración Universal de los Derechos Humanos toma impulso en 1948, el cual marca un Hito importante en la consagración del principio de igualdad y no discriminación. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1, manifiesta que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos,(Naciones Unidas, 1948, art.1) esta declaración sienta las bases para leyes nacionales e internacionales, en las ultima décadas, se logra evidenciar, como la lucha por la igualdad y no discriminación toma fuerza con la creación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer en 1979, cuyo objetivo principal es justamente garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre individuos sin que importe su género. (Naciones Unidas, 1979.)

Ahora, dentro del campo de la familia, busca garantizar los derechos, del núcleo familiar, es fundamental para sostener un entorno de respeto, dignidad y justicia para todos los miembros de la familia, independientemente de su género, fomentar el respeto a la familia es crucial para la sociedad ya que las dinámicas que se desarrollan dentro de ellas tienen un impacto directo en la formación de individuos.

La igualdad de derechos contribuye a prevenir que en la familia se generen diferentes tipos de violencia, abusos o discriminación, si bien es cierto que dentro del núcleo familiar una persona, se siente en un lugar seguro. Sin embargo, es necesario que exista ese espacio, en donde la persona recupera su estado emocional, a través de la unidad familiar después de haberse presentado algún conflicto.

Al momento de promover una actitud de respeto dentro de la familia, ayuda a educar a las nuevas generaciones para que, en su comportamiento, rechacen la violencia y la

discriminación en sus relaciones, cuando el entorno de la familia se basa en el derecho de igualdad, se reduce el riesgo de entrar en un conflicto familiar.

Fomentar la igualdad es necesaria, permite que los miembros del núcleo familiar sin importar su género o edad, tengan acceso a educación, salud, formación, apoyo emocional, para su desarrollo personal y social, los niños y niñas que viven en estos entornos tienen más posibilidades de llevar una vida con una autoestima saludable, por el proceso educativo y afectivo que se presenta con los miembros del núcleo familiar.

1.2 El conflicto que plantea la sentencia 28-15-IN.

El principio de igualdad y no discriminación se ve claramente afectado dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en primer lugar en su artículo número 106, del numeral 2 y 4, menciona que la preferencia de la tenencia de los hijos hacia la madre, por tal razón los accionantes, buscan impugnar la normativa que va en contra de los principios Constitucionales y los principios Internacionales de Derechos Humanos. (Sentencia N. 28-15-IN.)

Los principios Constitucionales son instrumentos jurídicos que estructuran y guían normas, con el objetivo de garantizar los derechos entre individuos que conviven en sociedad, de igual manera, funcionan como guía para las normas internas, en caso de presentarse una antinomia, la norma se debe regir a lo que más se asimile al derecho Constitucional. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo número 44 menciona el Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En consecuencia, si se decreta una ley que viole el derecho de los menores, por ejemplo, se impone la obligatoriedad de trabajar a partir de los 10 años, reemplazando al derecho de educación, la norma que busca que los niños trabajen a partir de los 10 años,

carecerá de validez.

Los principios, por ende, son un factor fundamental para garantizar que se aplique de manera correcta el derecho, estos cumplen diversas funciones, son Organizativas, en nuestra constitución las podemos evidenciar en diversos artículos por ejemplo, el artículo número 1 menciona que el Ecuador es un Estado de derechos y de justicia o el artículo 136 que nos manifiesta, acerca de la división de poderes, (Constitución de la República del Ecuador, 2008), otra función es que son limitadoras del poder, son garantizadoras, cumple funciones de control entre otras funciones, esto quiere decir, si se manifiesta una ley que empieza a vulnerar el derecho de una persona, la norma constitucional va a interferir con el objetivo de no permitir la vulneración de derechos.

Los principios Constitucionales, tienen una larga evolución histórica, desde su aparición, su objetivo ha sido delimitar el poder, establecer el estado de derecho, además garantizan que todas las autoridades públicas estén sometidas a la ley evitando arbitrariedades, es decir, la Constitución manifiesta derechos y principios superiores a cualquier otro tipo de normas, revelándose como la norma de mayor jerarquía.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es un marco legal, el cual se encarga de regular los derechos, garantías y deberes de los niños, niñas y adolescentes, busca proteger el desarrollo integral, tomando en cuenta los principios internacionales, en este campo, podemos evidenciar también los deberes y obligaciones de los padres para con los hijos.

El problema se presenta en su artículo 106 numeral 2 que manifiesta acerca de las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, menciona que a falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos resulta para el interés superior del hijo o hija de la familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiara a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o hija.

Podemos analizar desde diferentes puntos de vista el conflicto, el primero la accionante

manifiesta que se perpetua estereotipos a la mujer, en la audiencia se menciona a Erik Pineda en representación de la presidencia de la república, afirma que la norma impugnada no constituye un estereotipo ya que por ley natural la madre debe estar con su hijo en el periodo de lactancia.

Sin embargo, analizando más a fondo notamos que el artículo viola también el interés superior del niño ya que la preferencia hacia la madre, como lo manifiesta la Corte viola derechos Constitucionales, entendiendo que la protección por parte de la madre sería la más idónea para el menor, dejando un lado el principio de igualdad y no discriminación hacia el padre.

Históricamente, en los sistemas legales se ha mencionado que la tenencia de los hijos, debe ir dirigido hacia la madre, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgieron diferentes tipos de teorías psicológicas, el cual mencionaban al apego como factor principal para la crianza de los hijos, esto habría reforzado la idea de que la madre tenía que ser responsable de los hijos especialmente en el desarrollo emocional. (Bowlby, John, 1980)

Las consecuencias de la desigualdad de derechos, se generan en ámbitos emocionales, sociales y legales, por ejemplo, el desbalance emocional que genera la ausencia del padre en la crianza de los hijos, dificulta el desarrollo emocional, el hijo por lo general va a generar cierto distanciamiento con el padre afectando los vínculos afectivos y la confianza del hijo al padre.

Ahora las consecuencias para el padre pueden ser

1. Discriminación legal de los padres para poder obtener la custodia de los hijos.
2. Estigmatización, la ideología de que los hombres no pueden cuidar de sus hijos los cuales refuerzan estereotipos en donde la mujer es la única capaz de cuidar de los mismos.
3. Pérdida Emocional por parte del padre al no poder participar en igualdad de condiciones en la vida de sus hijos.

La igualdad de derechos entre padres es fundamental para que el hijo pueda desarrollarse plenamente, existen también diversos tipos de características como la dinámica familiar que va a generar en el hijo conlleva una mejor autoestima, la igualdad de derechos puede asegurar que tanto el padre como la madre puedan participar activamente de la vida de su hijo, así como involucrarse en decisiones importantes para su bienestar.

Tener una buena autoestima va a permitir que los hijos puedan desenvolverse con mayor facilidad en los problemas que se puedan presentar a lo largo de su vida, permite manejar emociones como el miedo o la tristeza de una manera más efectiva, fortaleciendo su estabilidad emocional.

Los niños, niñas y adolescentes con una mejor autoestima pueden estar más motivados para aprender a participar en diferentes circunstancias o actividades que pueden ser escolares o sociales, conlleva a que se perciban los desafíos como una oportunidad para crecer, llevar una autoestima emocional buena, puede reducir el riesgo de que en el futuro el hijo presente conductas agresivas o autodestructivas que afectan completamente a la sociedad.

El derecho que debe tener tanto la madre como el padre es significativo en la vida del hijo, según la Constitución de la República del Ecuador, los padres tienen las mismas obligaciones y deberes, esto quiere decir que, no puede existir la preferencia de los hijos hacia la madre, ahora, con el derecho de ser escuchado por parte del menor se puede manifestar que, el cuidador puede ser tanto el padre como la madre, las circunstancias cambian cuando entendemos que un derecho no puede estar por encima del otro.

La tenencia, debe basarse en el principio del interés superior del niño, es decir que necesitamos dejar de lado aquellos estereotipos que nos impiden evolucionar como sociedad, necesitamos entender que ambos progenitores tienen los mismos derechos y obligaciones. (Lathrop, Fabiola, 2009)

El numeral 4 del artículo 106 nos menciona que, si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo o hija. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003.)

El interés superior del hijo o hija, tiene como referencia un principio Constitucional e Internacional, dentro del ámbito del derecho familiar y derechos humanos, (Constitución de la República del Ecuador,2008.). Es decir, este derecho debe prevalecer ante cualquier otro derecho, cabe recordar que es la base de la legislación internacional cuando hablamos de derechos de la infancia la cual se encuentra reflejada igualmente en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Implica, que el bienestar emocional y psicológico del menor, debe tomarse como prioridad, las decisiones que van a tomar los padres acerca de la custodia, tenencia o el cuidado de los hijos deben ser exclusivamente para fomentar que el menor crezca en un ambiente sano que conlleve su estabilidad emocional.

El interés superior del niño cumple diferentes funciones, según la Observación General número 14. (2013) del comité de los Derechos del Niño

1. Función Orientadora: Una manera de orientar al juez a tomar la decisión correcta con respecto al bienestar del menor.
2. Función Reguladora: Regula la normativa referente a los niños, niñas y adolescentes.
3. Función interpretativa: Busca la mejor opción para que proteja el derecho de los niños, niñas y adolescentes.
4. Función de prioridad: Establece prioridad frente al conflicto que se puedan presentar ante otras personas.

Ahora la acción de inconstitucionalidad que presentan los accionantes es una herramienta eficiente para proteger los derechos de las personas, permite impugnar una norma que puede considerarse contraria a la constitución, es una acción que busca que el poder judicial analice la norma y se ajuste a las normas constitucionales o internacionales.

Tomando en cuenta que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo número 106, vulnera el principio de igualdad y no discriminación con relación a la preferencia de los hijos menores a la madre, cumple con las características suficientes para poder llegar a determinar tal transgresión, entre esas características encontramos la existencia de un derecho Constitucionalmente protegido, lesión o afectación directa del derecho, también la existencia de una causa jurídica que justifique la vulneración. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,2003)

Un derecho Constitucionalmente protegido, está reconocido en la Constitución, considerada como la carta suprema. esta es la que generalmente regula la normativa nacional, significa que si existe un conflicto entre una ley secundaria y un derecho Constitucional siempre prevalecerá la normativa Constitucional, las autoridades del Estado tienen la obligación de respetar y garantizar estos derechos.

La acción de inconstitucionalidad que es la que plantea la parte accionante forma parte de las garantías Constitucionales, permite tomar acción de manera inmediata para que, a través de las autoridades competentes, se pueda llevar a cabo la impugnación de la norma, esta acción se puede presentar ante la corte Constitucional que es el órgano encargado de ejercer el control de Constitucionalidad. (Código Orgánico de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,2009.)

1.3 ¿Que implica que una norma sea impugnada?

Si una ley secundaria es considerada contraria a la Constitución, esta carece de validez ya que puede encontrarse vulnerando derechos Constitucionales de una persona, ahora la razón del por qué se lleva a cabo este tipo de procedimientos se basan en resguardar derechos y evitar también la conmoción social. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional,2008)

Si las accionantes, consideran que el artículo 106 del Código orgánico de la Niñez y Adolescencia vulnera derechos y principios constitucionales como lo es el principio de igualdad y no discriminación, lo deben fundamentar, precisamente para evitar que se siga vulnerando tal derecho.

Como lo hemos mencionado la Constitución de la República del Ecuador es la carta suprema que guía la normativa, sea en el en el campo Civil, Tributario, Penal todos ellos siempre se van a encaminar de la mano de la Constitución, por tal razón es necesario enfatizar que una norma expedida, debe ir de acorde a la carta suprema, al evidenciar la importancia de esta herramienta, se crea la Corte Constitucional que es la encargada de salvaguardar y hacer respetar la Constitución.

Dentro de la sentencia 28-15-IN, queda en evidencia que el padre según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia estaría en desigualdad de derechos con respecto a la tenencia de los hijos, tal es la vulneración que en el artículo 106 del CONA que se toma como preferencia a la madre, aunque ambos padres tengan igualdad de condiciones para el cuidado de sus hijos, un fundamento que se ha manifestado a través de la historia ya que contempla que un hijo va a tener una mejor vinculación con la madre, sin embargo en la actualidad por el principio de igualdad y no discriminación, Corresponsabilidad Parental y el Interés Superior del Niño, no podría seguir vigente esa normativa.

CAPÍTULO II.

2.1 La preferencia en la tenencia de los hijos a la madre visto desde un punto histórico.

La preferencia de la tenencia de los hijos hacia la madre se manifestó en el siglo XVIII, cuyos aspectos fundamentales se basaron en factores culturales y legales, durante ese periodo, existía la creencia de que las mujeres eran las más idóneas para la protección y el cuidado de los hijos por su rol de educadora, sin embargo, esa educación se centra más en el hogar, (Rosseau,2009, p. 170). Se determinaba que la mujer estaba más preparada emocional y sentimentalmente para llevar a cabo las tareas del hogar y el cuidado de sus hijos. (Rosseau,2009, p. 21).

Jeanne Altman en sus estudios acerca del comportamiento materno- infantil en primates no humanos en el año de 1980, argumenta que, la madre suele ser la figura principal para el cuidado de los hijos debido a su comportamiento de apego. Menciona que las madres proporcionan alimento, protección y su relación con la cría es fundamental, para su desarrollo. (Tonn Jeana, Universidad de Boston).

Ahora, podemos evidenciar cómo existe esta preferencia histórica acerca de la tenencia, si analizamos más a fondo podemos notar que ambas se centran en lo biológico y lo emocional, lo cual se menciona que es crucial para el desarrollo temprano del hijo. A lo largo de la historia se ha evidenciado cómo las leyes han adoptado esta forma para otorgar cierta preferencia a las madres.

J. Rosseau, en su libro Emilio o de la Educación, mencionaba que: La madre es fundamental durante los primeros años de vida del menor ya que esta lo mantendría a salvo debido a su naturaleza maternal. (Rosseau,2009, p. 170).

Menciona, que la madre tiene esa cualidad en la cual los hijos pueden adquirir virtudes como el amor y el respeto por la moral, señala que dependiendo de la educación de la mujer

igualmente iban a tener sus hijos o su esposo, (Rosseau,2009, p. 170). La razón fundamental de que la madre cuide a sus hijos es porque se considera la única capaz de brindar el amor y la atención que los niños necesitan en sus primeros años de vida, la madre cumple un rol fundamental para garantizar el desarrollo físico y moral de los hijos.

Rousseau, mencionaba que la madre proporciona un ambiente equilibrado, en donde el niño podría desarrollarse, tanto en el campo social como en lo emocional de esta manera el niño estaría preparado, para poder enfrentarse a su entorno social y a las dificultades que puedan presentarse. Los aportes de Rousseau, nos proporciona una de las primeras ideas del rol que tiene la madre, dentro del cuidado de los hijos, es lógico pensar que como la madre es quien da a luz al hijo, tiene esa conexión especial con el mismo, si bien es cierto, existe ese apego del hijo a la madre, sin embargo, no quiere decir que siempre suceda lo mismo. (Rosseau,2009, p. 21).

Ahora, es cierto que el niño en sus primeros años de vida necesita del cuidado y la lactancia de la madre ya que es una de las primeras formas en la que el hijo empieza a percibir nutrientes, una vez separada de la madre, pero la pregunta que nos hacemos es, si la madre es la única que puede cuidar a los hijos en los primeros años.

2.2 Antecedentes judiciales.

En la antigüedad, previo a su manifestación de preferencia, acerca de la tenencia de los hijos hacia la madre, en el derecho Romano, la patria potestad del hijo era otorgado a los padres, lo cual en aquella época se lo conocía como “Paterfamilias” este término era utilizado para determinar la autoridad y el poder legal.

El paterfamilias se caracterizaba por su determinación de la paternidad. Este podía producirse dentro o fuera del matrimonio, el padre entraría en este caso con el poder absoluto

sobre la persona y las propiedades. A tal punto llegaba el poder que, el padre podría decidir si vendía a su hijo o igual podía decidir sobre su vida o su muerte. (Amunategui, Carlos,2006).

Existen diversos casos en los cuales podemos analizar esta situación, uno de ellos es: El caso de Fulvio y su hijo: Aulo Fulvio era un senador en la época que Catilina puso en serio peligro a la República romana con sus intentos revolucionarios (63 A.C). Cicerón denuncia esta situación y se toma la decisión de matar a todos los traidores. Fulvio descubre que, entre ellos, se encuentra su hijo ante lo cual lo arresta y ordena su muerte. (Sallustio,2003).

En este caso, observamos como Fulvio posee la autoridad, después de vincular a su hijo con estos intentos revolucionarios, de ordenar su muerte. Si bien es cierto que, en aquella época a la mujer no se le entregaba la importancia que merecía, también es cierto que en aquella época los padres tenían facultades que necesitarían ser controladas y eliminadas, de cualquier modo, todas estas circunstancias nos permiten formar un futuro más igualitario entre los géneros.

En el presente, varias legislaciones mencionan, si el pensamiento de que la madre debe tener cierta preferencia con los hijos respecto a su tenencia, sigue siendo adecuada, pero, si el derecho a evolucionado a través del tiempo, como podría seguirse manteniendo la idea de que en todo caso siempre se deberá preferir a la madre por sobre el padre.

La igualdad parte en gran dimensión de la Revolución Francesa, el hecho de buscar la igualdad de condiciones para los ciudadanos, aunque excluían a las mujeres de estos derechos, dejaron abierta una puerta para lo que conocemos hoy en día como el principio de igualdad y no discriminación, la corresponsabilidad parental, etc. (Davies, Peter,2014).

La igualdad de derechos entre los padres es fundamental para que los hijos crezcan en un entorno saludable, donde obtengan educación inicial como el respeto, el apoyo al hogar, el auxilio mutuo, llevando consigo a que la sociedad se vuelva un poco más justa, donde se adquieran valores y respeten a los demás convivientes; pero, si rompemos esta seguridad que

producen por lo general los padres, el hijo, crecerá en un hogar lleno de problemas, en consecuencia, pueden aparecer diversas condiciones como la baja autoestima, la ira, entre otros.

Otro antecedente jurídico se manifiesta en 1804, con el Código Civil Napoleónico, aunque, éste fue manifestado en 1804 y a principios del siglo XX, siguió sirviendo como referencia para varias legislaciones, tanto para América Latina, como para Estados Unidos y la Europa Occidental. (García, Adriana,2020).

En América Latina, a inicios del siglo XX y mediados del siglo, se mantenían leyes basadas en el Derecho Romano, y el Código Civil Napoleónico, estas legislaciones mencionaban que, si los padres llegaban a separarse, el cuidado de los hijos pasaba directamente a los padres, más aún si, los hijos fueran varones, se seguía manteniendo la ideología de que los padres eran los únicos que tenían la capacidad para educar y cuidar de sus hijos.

Por ejemplo, el Código Napoleónico, mencionaba que el marido debe proteger a su mujer y la mujer debía obediencia a su marido, sea cual sea la circunstancia, la mujer estaba a la potestad del marido, pues este código declaraba en pocas palabras la inferioridad de la mujer. (Contreras, Raquel,2005).

En Estados Unidos y Europa Occidental, durante el siglo XVIII Y XIV, las leyes otorgaban a los padres la facultad de custodia de los hijos, salvo en algunos casos, en donde los hijos eran menores, se tomaba como referencia a la madre para el cuidado de los mismos, pero, cuando los hijos ya cumplían la mayoría de edad, se pensaba que los padres eran los únicos capacitados para su educación. (Mason, 1994).

2.3 El desarrollo del hijo en los primeros años de vida.

Uno de los principales factores que influyen en el desarrollo del hijo, en los primeros años es el apego, la manera en que la madre crea ese vínculo, es mediante la lactancia, cuando comienza este proceso, se libera una hormona denominada oxitócica y la importancia de esta hormona radica como un factor clave que crea confianza y generan sentimientos o emociones que producen ese acercamiento. En la madre esta hormona genera y refuerza el deseo de cuidar, educar brindar ese calor al hijo, mientras que en el niño genera el reconocimiento y la preferencia por la madre como figura de seguridad. (Bowlby, John, 1980).

Sin embargo, al igual que la madre, el padre también juega un papel fundamental para el desarrollo social y psicológico del menor (Bowlby, John, 1980). La manera en la que el padre interactúa es crucial ya que brinda esa confianza emocional, la manera en la que se genera el apego es a través de una interacción usual, además la participación activa de la vida cotidiana de los hijos.

La estabilidad que genera la tenencia compartida de los padres con los hijos es crucial, de esta manera se busca garantizar que el desarrollo que va a tener el menor en la infancia sea de manera apropiada, el equilibrio que presenta busca que los niños crezcan en un entorno en donde se satisfacen sus necesidades, su salud, su educación, en donde pueda crecer con armonía. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile,2021).

El sistema de tenencia igualitaria va a generar en los padres una relación saludable, con este tipo de actuaciones generan apoyo mutuo, afecto, (Nielsen,2011). Mantener esta armonía, previene que se presenten conflictos dentro del hogar y ayuda a generar que el menor crezca con una mejor autoestima. El hecho de que el menor pueda evidenciar esa armonía en el hogar, aunque los padres estén separados, le inculcan inconscientemente valores y principios necesarios para la vida.

Ahora, pasa todo lo contrario cuando los padres no llegan a un acuerdo acerca de la tenencia compartida, el hijo va a buscar en su hogar un lugar en donde se va a sentir bien y protegido, pero, ¿qué pasa si es todo lo contrario?

Las consecuencias de no llevar en armonía el hogar, se van a evidenciar en el hijo, con la falta de estabilidad emocional.

Otros tipos de consecuencias que se van a hacer notar, son los resentimientos, o sentimientos de abandono, el niño en esas edades, solo debe preocuparse de crecer, de disfrutar esa etapa, el hecho de que los padres no lleguen a ningún acuerdo va a generar en el hijo una lealtad dividida que con el tiempo puede hacer que se aleje de alguno de sus progenitores. (Nielsen,2011).

2.4 La Corresponsabilidad Parental.

Ahora, la corresponsabilidad parental surge a mediados del siglo XX, el objetivo de la misma, se basa en garantizar que ambos padres participen activamente de la vida de sus hijos de manera justa y equitativa, (Mason,1994). Busca que la crianza que va a tener el hijo se produzca de manera equilibrada, con valores y principios por parte de los padres.

El derecho de corresponsabilidad parental, busca cuestionar la legislación tradicional, acerca de la preferencia en la tenencia a favor de uno de los padres, de esta manera busca cubrir las necesidades emocionales, psicológicas y sociales de los menores, esto quiere decir que, si los padres deciden divorciarse, entra este derecho que va a suplantar los conflictos familiares con acuerdos justos sobre la custodia de cada uno de los hijos. (Lathrop, Fabiola,2009).

Fabila Lathrop (2009) nos enseña que, la Corresponsabilidad parental, ofrece amplios beneficios, tanto para los padres, como para los hijos, por ejemplo.

- 1.La igualdad de géneros; en donde no se toma en cuenta si es hombre o mujer los padres tienen los mismo derechos y obligaciones para con los hijos.
2. Trabajo

Emocional; los padres al llevar diversos acuerdos para con los hijos generan en ellos mayor confianza para que puedan llegar a solucionar algún tipo de problema que se le presente. 3. Mejor Adaptación Social; Los niños que logran evidenciar y aprender de los valores de sus padres y al entender que aun que estén separados buscan su felicidad suelen tener una visión más amplia acerca de los roles de género (Lathrop, Fabiola, 2009).

En todo caso, el beneficio se aplica directamente al hijo y a la sociedad en general, ya que, de esta manera, el menor crecerá formado con valores y principios que en el futuro pueden contribuir a nuestro entorno.

Tomando en cuenta estos beneficios, consideró necesario mencionar, que este derecho, no se puede quedar solo en palabras, es necesario que la ley manifieste el mismo para que las diferentes legislaciones, de distintos países, ejecuten la ley y la hagan cumplir, pues, si bien es cierto que, los padres suelen buscar lo mejor para sus hijos, la falta de responsabilidad de los mismos puede afectar seriamente al menor.

Ahora, la primera legislación que podemos evidenciar que adoptó la corresponsabilidad parental fue Suecia en 1974, el Código de Familia de este país introdujo a su normativa, la igualdad en la crianza de los hijos, (Código de Parent alidad,1974). Esto quiere decir que, su normativa permitió que ambos padres a sí se estén divorciando, puedan participar activamente de la vida de su hijo.

La política familiar en Suecia, busca herramientas para la participación activa de los padres en la vida de los hijos; por ejemplo, instauran en su legislación la licencia por paternidad o maternidad. (Martínez, Maria,2008). Uno de los puntos más importantes que trata su legislación, es la igualdad entre hombres y mujeres, tanto de obligaciones como de derechos.

Igualmente, se toman en cuenta dos ejes principales en su normativa, los cuales son el trabajo y la infancia.

Suecia fue uno de los países que se enfocó en la importancia de la protección de la familia, igualdad de género, la igualdad en la crianza de los hijos y otros tipos de derechos, cabe mencionar que a finales del siglo XX, este país tenía una base sólida con relación al derecho, al trabajo, la igualdad de género y el cuidado de la familia, la legislación Sueca, tomo en cuenta diversas investigaciones, las cuales, en conclusión, lograron identificar que, si los padres, compartían la responsabilidad en igualdad de condiciones sus hijos, desarrollarían un correcto desarrollo infantil.(Martínez, Maria,2008).

Otro País que adopto la Corresponsabilidad parental, fue Italia, el cual, toma fuerza en el año 2012. La ley manifiesta que, en caso de que los padres lleguen a separarse, debe prevalecer el derecho del niño a llevar una relación equilibrada y significativa con cada uno de los padres. El artículo 337 del Código Civil Italiano manifiesta que, aunque los padres estén separados, deben participar activamente de la responsabilidad parental, (Código Civil Italiano, 1942). Menciona que, cuando se trate de temas de educación, crianza o salud es obligación de los padres tomar una decisión de mutuo acuerdo, tomando en cuenta diferentes aspiraciones o inclinaciones por parte del niño.

Diferentes puntos importantes que toma en cuenta en esta legislación, se basan en el tiempo, en caso de que los padres lleguen a divorciarse, la Corte Suprema italiana manifiesta que, se otorgara la custodia solo a un padre si, llegara a verificarse que esta decisión, va de la mano con el interés superior del menor, caso contrario, se llegaran a acuerdos, donde la tenencia de los hijos, sea en igual tiempo para ambos padres, siempre que no vaya en contra de la vida social o escolar de los hijos. (Código Civil Italiano, 1942).

Es decir, se interpreta a la responsabilidad parental, de tal manera que, los padres tienen la obligación de participar activamente en la vida de sus hijos, en igualdad de deberes y obligaciones, manifiesta que, de no llegar a un acuerdo entre los progenitores, entonces, la tenencia de los hijos es compartida, siempre que no afecte el interés superior del menor.

Ahora, la Constitución de la República del Ecuador en el 2008 contempla la responsabilidad de los padres para el cuidado, la educación, el bienestar de los hijos, tomando en cuenta que esta normativa es de directa e inmediata aplicación, se entendería que las normas se aplican de manera literal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La preferencia acerca de la tenencia de los hijos a la madre, establece un claro favoritismo para el cuidado de los mismos, tomando en cuenta que la normativa Constitucional, establece el principio de igualdad y no discriminación, además de la responsabilidad parental para el cuidado de los hijos, el hecho de que exista esta preferencia representa un retroceso en derechos de igualdad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

2.5 Aplicación de las normas Constitucionales.

Como lo hemos mencionado en este capítulo, el bienestar del niño debe estar por encima de diferentes conflictos que puedan presentarse entre los padres, es por tal razón que las Normas Constitucionales se deben aplicar inmediatamente cuando empiece a vulnerarse derechos de este tipo (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Si bien es cierto que, el derecho de responsabilidad parental ataca directamente al padre, el hecho de no llegar a un acuerdo, indirectamente afecta a los hijos.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo número 67, manifiesta que el Estado protegerá a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán

por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Esto quiere decir que, si dentro de las normas Constitucionales se establece que el Estado debe velar por los derechos de los miembros del núcleo familiar. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es necesario analizar la norma, en la que se menciona la preferencia de la tenencia de los hijos menores a la madre, se puede observar como una de ellas vulnera el derecho de corresponsabilidad parental, tomando en cuenta, a su vez, el Interés Superior del Niño, la Constitución debe hacer prevalecer los derechos de igualdad entre los padres.

El Artículo número 11 de la Constitución de la República del Ecuador, nos manifiesta acerca de los principios para el ejercicio de los derechos en su numeral número 2 nos menciona que todas las personas son iguales y gozaran de los mismo derechos, deberes y oportunidades. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Entonces, la preferencia en la tenencia de los hijos, hacia uno de los padres históricamente, se manifestaba en que la madre mantenía un vínculo único con el hijo, sostenía que la madre otorga una mejor crianza para los mismos, también podemos evidenciar como el padre a través de diferentes circunstancias fortalece el vínculo con los hijos, lo que nos hace pensar, que no necesariamente es la única que puede cuidar y educar a los menores.

La diferencia de oportunidades para participar activamente en la vida del hijo, por un conflicto que se presente en la pareja, influye y trae consecuencias negativas para el entorno del niño, para su desarrollo y para su estado emocional, incluso, incurriendo en una baja autoestima o falta de confianza en su hogar o sus padres. El hecho que uno de los padres tenga mayor facultad para la crianza de sus hijos, no implica que el menor vaya a tener una mejor

educación, una mejor crianza, es más, existe el riesgo de que se produzca todo lo contrario. (Martínez, Maria,2008).

El comprender la norma Constitucional, es indispensable, de esta manera podemos identificar que, si la madre, tiene preferencia con relación a la tenencia del hijo, podemos estar influyendo negativamente en su desarrollo, incluso, en el derecho del padre, ya que se le restringe el derecho de participar activamente en la vida de su hijo, con lo cual, la Constitución en su afán de defender los derechos de todas las personas en cualquier ámbito, manifiesta que, en caso de promulgarse una ley que viole derechos Constitucionales, esta carecerá de validez, como lo hemos mencionado, las normas constitucionales son de directa e inmediata aplicación y analizando toda la información, podemos identificar que existe una clara vulneración al derecho de corresponsabilidad parental. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

CAPÍTULO III.

3.1 El conflicto que presenta el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con respecto a la tenencia de los hijos con preferencia a la madre y lo que manifiesta la Constitución de la República del Ecuador.

Es ampliamente conocido, tanto a nivel nacional como internacional, que las normas de un Estado, siempre deben ir acorde a su realidad social, si una norma se manifiesta de tal manera, que va a carecer de eficacia, existe la probabilidad que se presente una contraposición entre normas, sin embargo, este tipo de situaciones conllevan consecuencias negativas para esa legislación. (Kelsen, 1934).

Al momento de entrar en esta contraposición de normas, ¿cómo sabemos que norma es la que se debe aplicar?

Para tal caso, tomaremos de referencia la obra conocida como la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen, quien nos da a conocer que, generalmente, las normas de una

legislación cumplen un orden jerárquico, menciona que el derecho no es un conjunto desordenado de normas, más bien, en el orden jerárquico. (Kelsen, 1934.). La Constitución se encuentra establecida en la cúspide, por lo cual, las otras normas deben regirse a lo que manifiesta la Constitución.

Ahora, es importante que las normas nacionales se rijan por una norma superior que busque el bienestar de todas las personas que forman parte de su Estado, planteando como ejemplo la Constitución de la República del Ecuador. Esta Constitución en su artículo número 11 menciona diferentes principios que van a formar como base fundamental para la creación de normas, es decir, si se va a promulgar normas que van a regular la conducta de las personas en algún campo en específico, esta norma debe tomar como guía los derechos y principios Constitucionales. (Constitución de la República del Ecuador,2008).

Tomando, como referencia a Norberto Bobbio en su obra, “teoría general del derecho” nos menciona al igual que Kelsen que, las normas se rigen por un orden jerárquico, el pensamiento de este autor se centraba en que la vida está regida por un conjunto de reglas que nos gobiernan desde el momento en que nacemos, hace referencia a que existen normas para la mayoría de nuestros aspectos en la vida que, en general, nos mantienen encerrados en un estilo de conducta social. (Bobbio, 1991).

Observando desde diferentes puntos de vista, si bien, nuestra conducta debe seguir ciertas reglas que van a mantener el orden social, es decir, debemos cumplir con normas que nos permitan vivir de una manera tranquila y con oportunidades, en otro punto de vista, sucede todo lo contrario, si no respetamos la ley, viviremos en un estado de anarquía, sin ningún tipo de control Social.

Bobbio mencionaba en su libro, la teoría general del derecho, que son tal la cantidad de reglas que rigen nuestras vidas que, con el transcurso del tiempo, no nos damos cuenta de

que se encuentran ahí, por lo tanto, no le brindamos importancia, nos acostumbramos a ellas, y no nos damos cuenta de que, en realidad, nos mantienen encerrados. Sin embargo, si no existieran estas normas que guían nuestra conducta, viviéramos en un mundo en el cual, si bien es cierto, existe esa libertad que menciona Bobbio, pero, esa libertad traería consigo muerte, hambre, falta de oportunidades y una completa anarquía. (Bobbio, 1991).

Conviene mencionar, que las normas, al momento en que se expiden, buscan regular la conducta de las personas sobre algún tema en específico, pero es necesario que sean controladas por una norma superior. (Kelsen, 1934). Si se llegara a un momento, en que se aplique la norma a favor de una persona, sin embargo, con esto se vulnera el derecho de otro, el termino de justicia se opacaría a tal manera que, aquellas normas, con el transcurso del tiempo, carecerían de validez.

Existen diferentes consecuencias de que una norma no sea controlada por la Carta Magna, si bien es cierto que, la Constitución nos garantiza un orden y estabilidad, necesarios para el sistema jurídico y político dentro de una Estado y fuera de él, si no existe este control, las normas pueden carecer de validez y volverse caóticas, trayendo consigo consecuencias severas relacionadas a la vulneración de derechos, sin contar con que al momento de crear leyes, estas se las puede establecer de manera arbitraria, beneficiando solo a unas cuantas personas. (Kelsen, 1934).

Otra consecuencia que podemos observar, es la falta de supervisión de las normas judiciales, debemos tomar en cuenta que la Constitución cumple una función de control al momento de expedir normativa o aplicar las mismas, en nuestro país. La Corte Constitucional es la encargada de velar por la supremacía Constitucional y establecer el control de Constitucionalidad, al momento en que la Asamblea Nacional expide una norma, si resultara que la misma viola derechos de las personas, es obligación de la Corte Constitucional evitar

que esa norma viole los derechos constitucionales de los ciudadanos. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Tomando en cuenta todo lo mencionado, podemos interpretar que toda norma debe ir acorde a la Constitución, para que esta tenga validez. Es necesario que, al momento en que se expide la ley, la norma Constitucional sirva, como una guía, con el objetivo de que no exista vulneración de derechos.

Ahora, existe normativa internacional que busca garantizar y regular los derechos humanos, si bien es cierto que la Constitución busca garantizar los derechos de las personas que viven en sociedad, la comunidad internacional ha expresado su preocupación por garantizar estos derechos, esto quiere decir que, existen diversas herramientas a las cuales podemos acudir para defender nuestros derechos, como por ejemplo, alguna de las entidades encargadas de la protección de estos derechos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el campo del derecho de familia, tanto la comunidad internacional como la Constitución la República del Ecuador, manifiestan la protección a cada uno de sus miembros, estableciendo derechos y principios de igualdad para que toda la familia pueda desarrollarse en un entorno seguro y logren desarrollarse personalmente. (Constitución de la República del Ecuador,2008.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejerce una facultad importante para la protección de los derechos de las personas, si resultara que un Estado, viola el derecho a un miembro del grupo familiar o a varios miembros, si no existe respuesta por parte del Estado, en donde se produjo el atropello, la CIDH tiene facultades como, la interpretación de tratados internacionales, por lo que a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos, se puede garantizar que las decisiones adoptadas a nivel internacional se cumplan, pues este

organismo, procederá a sancionar la vulneración del derecho.(Corte Interamericana de Derechos Humanos,1969).

Ahora, la importancia de la protección a la familia en el Ecuador se ve expresada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia promulgado el 3 de enero del 2003, este código aborda un amplio catálogo de temas que se relacionan con la protección de los niños, niñas y adolescentes. (Condigo Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Este Código tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos de todas las personas del grupo familiar, poniendo énfasis a los niños, niñas y adolescentes, menciona que el Estado debe respetar y llevar a cabo procedimientos necesarios para garantizar el pleno desarrollo de los menores, a su vez, reconoce el derecho a la vida, la educación, la salud entre otros, así también, se prohíbe todo tipo de abuso o discriminación. (Condigo Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La Convención Americana de Derechos humanos, en su artículo número 19, nos menciona acerca de los derechos de los niños, en el cual el Estado tiene la obligación de proteger a los mismos, en su artículo número 17 se reconoce que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, no distingue diferencias de derechos entre hijos que se formen fuera del matrimonio como dentro del matrimonio, los hijos, aunque los padres no lleguen a contraer matrimonio, gozan de la misma protección, como si se hubieran casado.(Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Es entonces, según lo podemos analizar, que los Estados deben establecer normativas y políticas públicas, que aporten a la protección de la familia, con el objetivo de garantizar a plenitud todos sus derechos.

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, con el afán de garantizar la plenitud de los derechos de la familia se enfoca en que la misma es la célula fundamental de la

sociedad, adoptada por este concepto tanto nacional como internacional, en su artículo número 67, manifiesta:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. (Constitución de la República, 2008).

Este artículo, manifiesta claramente que, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de las personas que conforman la familia, por lo cual, a través del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, regulará las obligaciones y derechos, que conforman a las mismas, determinando normas o leyes expedidas que, favorezcan el pleno desarrollo de las personas que conforman el núcleo familiar.

Se reconoce que la familia tiene el derecho a conformarse de acuerdo a la voluntad de sus miembros, no debe existir ningún tipo de fuerza que obligue a una persona a conformar una relación, el artículo 67 destaca el papel crucial que tiene el Estado para proteger a la familia.

La sentencia 28-15-IN-21, argumenta un tema fundamental que deja en evidencia la vulneración de derechos a los miembros del núcleo familiar, se tocan temas relevantes como el hecho acerca de la tenencia preferente a la madre, conlleva esta sentencia a que la Corte Constitucional, en una de sus facultades, proceda a interpretar la normativa y analizar si existe la vulneración del derecho Constitucional. (Sentencia N. 28-15-IN-21).

Entre las normas consideradas que violentaron derechos constitucionales se encuentran en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que manifiestan que:

Artículo 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. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,2003).

Así mismo, en el numeral numero 2 manifiesta que 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. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,2003).

Entonces, analizando los derechos Constitucionales que promueven la protección a la familia, vamos a tomar en cuenta lo que dice nuestra Constitución. En primer lugar, observaremos cómo el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, manifiesta esa preferencia de la tenencia de los hijos menores a la madre.

La Constitución en su artículo número 11 menciona acerca de los principios que rigen al Estado, entre esos se encuentra el que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos deberes, derechos y oportunidades”. (Constitución de la República del Ecuador,2008).

En primer lugar, como lo hemos mencionado, la Constitución es reconocida como la Carta suprema, entonces, si analizamos la preferencia de los hijos hacia la madre y los principios Constitucionales, podemos evidenciar que existe una clara vulneración de derechos Constitucionales, si, se menciona que todas las personas somos iguales en derechos, deberes y oportunidades, ¿cómo puede existir esta preferencia? (Constitución de la República del Ecuador,2008).

Si bien es cierto que, históricamente por el hecho de que, se pensaba que la madre, tenía un vínculo más cercano con los hijos, por el hecho de ser la madre y, a su vez, en el pasado también se creía que el padre por ser padre era el más idóneo para el cuidado de sus hijos, en la actualidad todas las personas somos iguales con las mismas oportunidades.

Visto desde otro punto histórico, las mujeres han luchado incansablemente por que se acabe todo tipo de discriminación y se garantice la igualdad de derechos con los hombres, en la sentencia 28-15-IN la parte actora manifiesta, que la norma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, fomenta esta discriminación en contra de la mujer ya que promueve estereotipos a las mismas, por lo cual, también, vulnera el derecho de igualdad y no discriminación. (Sentencia N. 28-15-IN).

Incluso, en el derecho Internacional, podemos encontrar la prohibición de discriminación, por ejemplo: En la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo número 1 se menciona que, “todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos”, esto quiere decir que no debe existir preferencia en derechos a ninguna persona, si el derecho busca garantizar la igualdad y la dignidad de las personas, internacionalmente se ha aceptado que todas las personas merecen ser tratadas a igual. (Declaración Universal de Derechos Humanos,1948).

En el artículo número 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se busca garantizar que estos derechos sean aplicados sin ningún tipo de distinción, es decir no puede existir ningún tipo de discriminación si hablamos de raza, género o religión. (Declaración Universal de Derechos Humanos,1948)

Entonces, si hablamos de dos formas de ver estos derechos, analizaremos, la primera en que la mujer, por ser considerada la madre, se la prefiera por ser madre o que el padre no tenga esa preferencia por no ser madre, en cualquiera de estos dos casos, existe esa clara

discriminación para cualquiera de los dos géneros, según lo manifiesta el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Analizamos también al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos creado en 1966, en el cual en su artículo número 3 menciona que, debe existir esta igualdad entre hombres y mujeres, manifiesta que los dos pueden disfrutar sus derechos civiles y políticos, tomemos en cuenta que la definición de estos derechos se basa en garantizar la igualdad, libertad y protección legal; es decir, son aquellos derechos que buscan regular y proteger la libertad, la igualdad, la integridad entre las personas.(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,1966).

Ahora, mencionamos al Protocolo de San Salvador, en su artículo 15 manifiesta que es necesario garantizar la protección integral de la familia, igualmente garantizar la igualdad de deberes y obligaciones, en cualquier ámbito o en cualquier norma, tanto nacional como internacional. Busca proteger a la familia en todos sus ámbitos por lo cual se han creado principios, tratados, convenios internacionales, en donde los estados deben guiarse para proteger a la familia considerada como la célula fundamental de la sociedad. (Protocolo de San Salvador,1988).

Deberemos tomar en cuenta el Interés Superior del Niño, en la sentencia 28-15-IN, se menciona como un punto importante que la Corte analiza, pero ¿por qué se considera que este derecho se puede estar vulnerando por la preferencia a la madre?

En el análisis de la Corte se menciona que, tomando como referencia al interés superior del niño, este derecho se encuentra limitado, se debe argumentar de una mejor manera como se puede preferir a la madre antes que al padre, es necesario identificar que el niño puede crecer en un entorno con más armonía, en el caso en el que los padres participen activamente de la vida de los menores, el interés superior del niño es un principio fundamental. Este principio

manifiesta que los derechos del niño van a prevalecer por sobre otros derechos. (Sentencia N. 28-15-IN).

Esto quiere decir que, si se va a expedir una norma, o si existe una norma que pueda presentarse de manera confusa, o de manera inconstitucional, tenemos que aplicar el interés superior del niño, si tomamos como ejemplo, que existe preferencia a la madre antes que, al padre, el entorno del niño puede volverse conflictivo afectando su desarrollo, la única manera en la cual se puede proteger el interés superior del niño es equilibrando el derecho tanto de la madre como del padre. (Cárdenas, Nancy,2021).

El hecho de existir la presunción de que la madre es la más idónea para cuidar de sus hijos no quiere decir que necesariamente las circunstancias o los estilos de vida sean los idóneos para el hijo, si tomamos en cuenta el interés superior del niño tanto el padre como la madre pueden ofrecer una mejor calidad de vida dependiendo de sus circunstancias, sin embargo el apoyo mutuo de los padres genera un mejor equilibrio emocional en el hogar. (Cárdenas, Nancy, 2021).

La corresponsabilidad parental está plenamente establecida tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo número 67 manifiesta claramente que se reconoce a la familia como célula fundamental de la sociedad así también menciona que el estado debe promover la corresponsabilidad parental. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Este tipo de derecho va enlazado al poder de participación activa que tienen ambos padres en la vida de los hijos, los padres comparten de manera equitativa deberes y obligaciones para el desarrollo psicológico y social de los menores, esto quiere decir que no se limita solo a lo económico si bien es cierto es un factor importante no es determinante para el desarrollo y crianza del menor.

El Código Orgánico de la niñez y Adolescencia en su artículo número 9 menciona claramente que la ley reconoce y protege a la familia como el espacio donde el menor se va a desarrollar integralmente, además menciona que los padres tienen iguales deberes y obligaciones para con los hijos. El numeral 4 del Código Orgánico de la niñez y adolescencia nos menciona que “en caso de que ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo o hija”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Tanto en el numeral dos como en el numeral cuatro podemos diferenciar una clara preferencia a la madre, en ninguno de los dos numerales interponen un equilibrio entre los padres del menor, vulnerando claramente normas constitucionales e internacionales por lo cual la Corte e pieza a analizar en la cual efectivamente la Corte reconoce que existe esta vulneración de derechos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

5. CONCLUSIONES.

Es necesario considerar que, el Estado, es el encargado de la seguridad social y jurídica de los individuos que conviven dentro de una sociedad, por tal razón, las normas que se promulguen, deben ir acorde a nuestra realidad social, tanto el derecho nacional como el internacional, surgen por la necesidad de garantizar el derecho de las personas y garantizar la convivencia entre Estados.

Uno de los principales derechos que analizamos en el capítulo 1, es el principio de Igualdad y no Discriminación, el cual va de la mano, con la sentencia 28-15-IN-21, como evidenciamos, los deberes y obligaciones, entre los padres son fundamentales para el desarrollo social de los menores, la razón se basa, en que el niño crece en un entorno, en donde los padres participan activamente en la vida de sus hijos.

El Estado Ecuatoriano, está regulado por diversas normativas, tanto nacionales como internacionales, la importancia radica en, si se vulnera el derecho de una persona dentro de un Estado, y se inobserva esta acción, sin buscar detener la vulneración de los derechos, las Entidades Internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intervienen, con el fin de garantizar el derecho de la persona, que podría estar vulnerándose.

La Constitución de la República del Ecuador, actúa como una guía para las demás normas, tomando en cuenta un orden jerárquico, Kelsen, mencionaba que la Constitución es una norma suprema a la cual las demás normas no pueden vulnerar, tomando en cuenta los principios, las normas de menor jerarquía se rigen por los derechos Constitucionales.

Estos principios, tienen un largo recorrido Histórico, surgen por la necesidad de delimitar el poder dentro del Estado, cabe recordar, que tal es la importancia de la Constitución como norma suprema, que, si se plantea la vulneración de un derecho Constitucional, contamos con herramientas jurídicas, estas van a permitir, frenar esa vulneración, por ejemplo, con una norma inconstitucional, la Corte Constitucional activa mecanismos de control en busca de proteger la Supremacía Constitucional.

Ahora, analizando la evolución de la tenencia de los hijos, podemos manifestar que existieron diversos momentos en los cuales, tanto los padres o las madres, eran considerados los idóneos, sin embargo no existía esa equidad en las obligaciones por parte de los progenitores, en el siglo XVIII, se pensaba que la mujer, era la más preparada para educar a su hijos por su rol biológico, Rousseau, mencionaba que la mujer era la más idónea para la educación de sus hijos, más aun en los primeros años de vida, mencionaba que era la única que podía proporcionar ese amor, esa caridad que los menores necesitaban en sus primeros años de vida.

7. BIBLIOGRAFÍA.

Amunategui Perrell, Carlos, “El Origen de los Poderes del Paterfamilias y la Patria Potestad”, Pontificia Universidad Católica de Chile, (Santiago, 2006).

Aristóteles, “Política”, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, (México, 2000).

Baraja Ohana, “La Importancia de la Corresponsabilidad”, Psicología y Atención Psicoeducativa, (Madrid, 2023)

Bobbio Norberto, “Teoría General del Derecho”, (Chile, 2016)

Carvajal Michelle, Revista latinoamericana de ciencias sociales y humanidades. “La corresponsabilidad parental en los procesos de fijación de tenencia”. 30 de junio del 2023.

Constitución de la República del Ecuador [2008], R.O. 449 [Quito] Asamblea Nacional.

Contreras López, Raque, “El código Napoleón y la Teoría de la Apariencia Jurídica”, Biblioteca Virtual de las Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (Mexico, 2017).

Corte Interamericana de derechos humanos. Opinión consultiva OC-17/2002 “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, 28 de agosto del 2002.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 28-15-IN sentencia 28-15-IN (Quito, 24 de noviembre de 2021).

European Justice, “Responsabilidad Parental: Custodia de Menores y Derecho de Visita”, Contenido facilitado por Red Judicial Europea, (Italia, 2018)

Infobae, “Código Civil France, la Obra Maestra de Napoleón”, (Argentina, 2021).

Kelsen Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Eudeba, (Buenos Aires, 2020).

Lathrop Gómez, Fabiola, “La Corresponsabilidad Parental”, (Argentina, 2018)

Martínez Herrero, María, “El modelo sueco de cuidados a la infancia y sus consecuencias sobre las mujeres”, Universidad del País Vasco, (Vesco, 2009)

Martínez Herrero, María, “La política familiar en Suecia: ¿Un modelo de igualdad?”, XI Jornadas de Economía Crítica, (Bilbao, 2008)

Peralta Carraco Manuel, “Estudios Jurídico de Aproximación del Derecho Latinoamericano y europeo”, Derecho de Familia: Nuevos Reto y Realidades, (Madrid, 2008).

Peláez Del Hierro Fernando, “Etología del ciudadano parental: evolución, conducta y mecanismos”, Editorial UOC, (Chile, 2009).

Oyarte, Rafael, “Acción de inconstitucionalidad”, noviembre del 2021.

Rawls John, “Teoría de la Justicia” Fondo de Cultura Económica”, (México, 2006).

Rousseau Jacques Jean, “Emilio o de la Educación”, Biblioteca de Catalunya, (Catalunya, 2009).

Simón Campaña, Farith, “Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales”, Cevallos, Quito, 2008.

Simón Campaña, Farith, “Interés Superior del niño, técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”, Iuris dicto, Quito, 2014

Simón Campaña, Farith, “Manual de Derecho de Familia: Tercera Edición”, Cevallos, Quito, 2024.

Tonn Jenna, “Encyclopedia of The History of Science”, Boston College, (Boston, 2019).

Truffello Paola, “Responsabilidad parental y cuidado personal compartido de los hijos hijas”, Biblioteca de Congreso Nacional de Chile, (Chile, 2021).

UNICEF. Convención sobre los derechos de los niños. Madrid ,2006.