

22

Fecha de presentación: octubre, 2021

Fecha de aceptación: diciembre, 2021

Fecha de publicación: febrero, 2022

PATRIA POTESTAD

Y CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UN ACERCAMIENTO A LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL ECUADOR

PARENTAL AUTHORITY AND PARENTAL CO-RESPONSIBILITY: AN APPROACH TO THE SHARED TREND IN ECUADOR

Eliana del Rocío Rodríguez Salcedo¹

Email: elianarodriguez@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5062-0441>

Nelly Natalia Cáceres Sánchez²

Email: denatyc@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3580-1206>

Jacqueline Alexandra Agudo Durán²

Email: jaketita@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9301-8119>

Jennifer Adriana Mesías Vinana²

Email: adri_mesias@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8942-3530>

Alex Santiago Villafuerte Maisa³

Email: santyv0187@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1180-0375>

¹ Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

² Tribunales de la República del Ecuador. Ecuador.

³ Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Rodríguez Salcedo, E. R., Cáceres Sánchez, N. N., Agudo Durán, J. A., Mesías Vinana, J. A., & Villafuerte Maisa, A. S. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S1), 202-209.

RESUMEN

Los derechos de niños y niñas vienen anclados a la responsabilidad parental y a la protección jurídica del Estado. Tomando como referente los múltiples avances y la progresión del derecho, varios países han adoptado dentro de sus ordenamientos la tenencia compartida. Ecuador se caracteriza por tener un marco normativo ampliamente garantista, sin embargo esta figura jurídica aún no ha sido contemplada, dejando abierto el debate respecto de la existencia o no de discriminación. El objetivo de este artículo es exponer los principales argumentos tendientes a justificar la necesidad de compartir la responsabilidad parental como uno de los principales derechos en favor de los hijos. Por medio del análisis de la tenencia y la patria potestad, se va considerando algunos criterios encontrados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para favorecer a grupos vulnerables. Metodológicamente se recurrió a la investigación cualitativa haciendo revisión de artículos investigativos vinculados al tema, y destacando la normativa que sustenta el debate. Finalmente, se expone la necesidad de garantizar igualdad de derechos para los progenitores, así como la aplicación del principio de proporcionalidad entre ellos. Como conclusión se establece la carente valoración y ponderación de derechos, sobre todo cuando ambos progenitores son capaces efectivos.

Palabras clave: corresponsabilidad parental, igualdad, interés superior, proporcionalidad.

ABSTRACT

The rights of boys and girls are anchored to parental responsibility and the legal protection of the State. Taking as a reference the multiple advances and the progression of the law, several countries have adopted shared tenure within their legal systems. Ecuador is characterized by having a broadly guaranteeing regulatory framework, however this legal figure has not yet been contemplated, leaving open the debate regarding the existence or not of discrimination. The objective of this article is to present the main arguments tending to justify the need to share parental responsibility as one of the main rights in favor of children. Through the analysis of tenure and parental authority, some criteria found in the jurisprudence of the Constitutional Court are being considered to favor vulnerable groups. Methodologically, qualitative research was used, reviewing investigative articles related to the subject, and the regulations that support the debate have been highlighted. Finally, the need to guarantee equal rights for parents is exposed, as well as the application of the principle of proportionality between them. As a conclusion, the lack of assessment and weighting of rights is established, especially when both parents are effective.

Keywords: parental co-responsibility, equality, best interests, proportionality.

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico ecuatoriano propende a que de manera obligatoria se aplique y se cumpla con todos los preceptos fundamentales de la Constitución. Bajo este contexto, resulta meritorio garantizar deberes, derechos y obligaciones en favor de ambos progenitores respecto de sus hijos menores de edad. Sin embargo, no está fuera de contexto, valorar si existe o no vulneración al principio de igualdad entre progenitores así como al de proporcionalidad en cuanto a la responsabilidad parental.

En esta investigación se analiza el interés que tienen ambos padres, para que en caso de separación o divorcio, pueda mantenerse el contacto permanente con sus hijos (as) no emancipados. Para conseguir este propósito es preciso establecer lineamientos que integren un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones entre ascendientes. De este modo es posible evitar dificultades provenientes de la "alienación parental o estigma hacia la figura paterna". (Capilla & Fernández, 2020).

La Corte Constitucional ecuatoriana en su jurisprudencia sugiere incorporar la figura de tenencia compartida determinando que los artículos 11 y 106 del Código de la Niñez y de la Adolescencia [de aquí en adelante CONNA] son contrarios entre sí. Esta contraposición a su vez llega a transgredir los principios de igualdad y proporcionalidad entre progenitores, direccionando en la mayoría de los casos a que sea la madre quien asuma la tenencia de sus hijos. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

En este panorama se presenta cierto margen de discriminación al no considerar la obligatoriedad de ambos padres para asumir su obligación, prefiriendo la responsabilidad materna por sobre los derechos del otro progenitor. Visto desde esta perspectiva, el texto plantea un debate en razón de considerar estos preceptos como discriminatorios desde varias aristas. En tal sentido, al anteponer a la madre se condicionan los derechos del padre, y por otro lado se ratifican estereotipos de género y patrones culturales que afirman que las mujeres son las más idóneas en el cuidado de los hijos.

Hablar de tenencia y patria potestad no es sinónimo, la primera corresponde al ejercicio de la convivencia diaria, mientras que la segunda es un derecho ineludible de padres y madres frente a los hijos indistintamente de su situación de pareja. La normativa vigente prevé situaciones mediante las cuales una u otra puede perderse, suspenderse o limitarse.

Para poder ejercer la custodia compartida no basta con modificar la norma, es preciso una valoración exhaustiva de cada caso en particular así como romper barreras culturales de prototipos y estigmas sociales. Estos estereotipos de discriminación no afectan únicamente a la mujer, ya que el rol masculino también puede verse afectado.

No obstante, al hablar de tenencia compartida es preciso cuestionar si el tema apunta a violencia vicaria, interés legítimo o beneficio económico. Esto en razón de que la integridad de niños y niñas no puede estar condicionado al conflicto de intereses de sus progenitores.

METODOLOGÍA

El diseño de esta investigación encuadra dentro del marco constitucional y de familia, cuya influencia es cualitativa, permitiendo establecer la causa y efecto entre las propuestas planteadas. Con el objetivo presentado se busca exponer los principales argumentos tendientes a justificar la necesidad de compartir la responsabilidad parental como uno de los principales derechos en favor de los hijos

Para cumplir este propósito se ha hecho preciso valorar crítica y jurídicamente los derechos y obligaciones de los padres frente al cuidado de sus vástagos. Adentrados en un debate teórico y descriptivo se recurrió a las diferentes bibliotecas virtuales para establecer la funcionalidad de los principios constitucionales entorno al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, conforme lo señala la doctrina y la ley.

Conociendo que los principios de igualdad y de proporcionalidad contribuyen al buen desarrollo integral de los menores, estos no pueden verse limitados en contextos de simple concentración legal, por ello en aplicación al método exegético se recurrió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana para contrastar algunos criterios. Este análisis documental y bibliográfico se utilizó como técnica investigativa de revisión para sustentar las ideas expuestas en torno a razonamientos encontrados en diferentes artículos indexados.

DESARROLLO

El texto constitucional en apego a la protección de los derechos humanos reprime la transgresión al principio de igualdad buscando fehacientemente y en todo momento la no discriminación entre hombres y mujeres dentro del territorio ecuatoriano. Romper barreras culturales y estigmas sociales resulta una ardua tarea para el legislador puesto que los regímenes de preferencia en cuanto al cuidado de los hijos responden a situaciones fuertemente arraigadas al imaginario social. La preferencia materna sobre el cuidado de niños y niñas impide valorar cada caso en particular.

Cambiar estos paradigmas abre un debate vinculado a los roles de género que estigmatizan la situación actual apartando una brecha de discriminación en contra de hombres y mujeres. Al considerar que la norma analizada puede ser discriminatoria, no se precisa si los afectados son los padres o las madres. Por tanto se perjudica a los padres al momento de no equiparar adecuadamente sus condiciones y figura paterna y también se transgrede el derecho de las madres al sobrecargar responsabilidades como un constructo histórico que perpetúa estereotipos en contra de la mujer.

Patria potestad, responsabilidades y derechos compartidos

Respecto del ámbito civil es fundamental enfatizar que su contexto viene arraigado al derecho de familia, puesto que en esta materia se halla una figura de gran realce en la sociedad jurídica, que es justamente la patria potestad. Resulta importante mencionar que su contenido está previsto dentro del título XII del primer libro del Código Civil, haciendo referencia a personas y familias. Estos preceptos coadyuvan de manera complementaria a lo establecido en el título II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia vigente.

No existe condición alguna para que se corrobore y consolide el ejercicio de la patria potestad debido a que “no es requisito para que surta efecto el que los padres estén legalmente casados, ya que más bien figura de patria potestad remite a ser una figura ejemplar donde plante las relaciones paterno-filiales”. (Manzanero et al., 2015). Por tanto, su contenido integra derechos y obligaciones de los padres respecto de los hijos en lo atinente a la educación, cuidado y protección para su desarrollo integral, sin obstar el hecho de que los progenitores se encuentren separados.

Siendo ineludible establecer un contexto claro del significado de patria potestad, se precisa que en el Estado ecuatoriano el alcance del uso de este término jurídico hace mención a un determinado grupo que se acopla a sus condiciones. De este modo se conciben “las atribuciones que ostentan los padres sobre sus hijos respectivamente. Claro está que lo dicho se prevé sobre la condición de los hijos de familia que no son emancipados por regla general”. (Velázquez, 2014, p. 62).

De acuerdo a lo recabado por la doctrina actual y citando la terminología dada a esta figura, se concibe a la misma como una cierta autoridad para que los padres que estén al cuidado de hijos no emancipados puedan tener el control sobre su integridad física o psicológica, así como la administración de sus bienes en caso de tenerlos, como las esferas de protección. (Manzanero et al., 2015).

Se plantea una pausa entre el presente fragmento y la idea de paterno-filiales, pues es indispensable que este tipo de relación prevé en ser el vínculo directo en correlación de padres e hijos. Esto conforme a la sujeción que los une en sí, debido a la obligación pertinente que almacena tanto los deberes y obligaciones que tienen los progenitores a sus vástagos, recalcando que “no existe una figura conyugal obligatoria, pues esta peculiaridad puede ser matrimonial como delimitarse a ser propiamente extramatrimonial”. (Badia & Esparcia, 2021).

La patria potestad no recae únicamente en razón de requerir que los padres tengan autoridad sobre sus hijos, suma el ámbito educativo y psicosocial del menor, además de inmiscuir todo el cuidado y protección para su crianza. Es decir, su alcance implica velar por el transparente desarrollo integral, con responsabilidad tripartita

entre Estado, sociedad y familia de resguardando en todo sentido que los derechos del menor sean respetados. Lo expuesto lo corrobora el Código Civil ecuatoriano vigente. (Código Civil, Congreso Nacional, 2005, art. 105).

Haciendo hincapié en la idea que el niño o niña decida con quien desea estar, no basta la sola opinión de los hijos puesto que este planteamiento es valorado por el Juez competente a fin de determinar sobre que progenitor recae el derecho. (CONNA, Congreso Nacional, 2003, art. 106). No obstante, la patria potestad va de la mano con la tenencia y la corresponsabilidad parental, indistintamente de que sea el padre o la madre del menor quien ejerza este derecho.

Es significativo anotar que se ha evidenciado casos frecuentes en los que la patria potestad ha sido otorgada a la madre, por pensar que el menor puede estar mejor con ella, situación poco debatida ya que en altos porcentajes esa idea recae en ser cierta. Sin embargo, no se toma en consideración la posibilidad que el padre también puede ser óptimo y calificado para ejercer ese derecho, cuestionándose así la eficacia de la ley frente al planteamiento jurídico, de si esta debería mejorar su percepción equitativa.

De hecho, a la par de los derechos los padres comparan obligaciones al tener el mismo nivel de responsabilidades, por tal razón conviene valorar en condiciones de equivalencia a quien se confiere la patria potestad del menor. (San Martín, 2015).

Los criterios expuestos en el artículo 106 del CONNA son cuestionados en la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional debatiendo la necesidad de considerar la igualdad de condiciones respecto de ambos progenitores, sin que se de preferencia a la madre para que obtenga la patria potestad. Entre tanto se discute si la tenencia en favor de la madre viola el principio de corresponsabilidad parental sobre el hecho de que ambos progenitores sean aptos para el cuidado del niño/a.

Dentro de este proceder la patria potestad, se ha visto inmersa bajo el presupuesto del interés superior del niño, entendiéndose que integra la estabilidad del menor. A su vez, los operadores de justicia están llamados a evaluar el impacto tanto positivo o negativo de quien va a obtener la patria potestad. Ciertamente, “no cabe ningún tipo de suposición, ni por el contrario algún tipo de costumbre que personalmente los padres tengan arraigadas, por lo que deberán dejar en total dedición y libertad del niño para garantizar así su bienestar”. (Meil Landwerlin, 2017).

Para dar cumplimiento inmediato a las reglas que determinan la patria potestad, es preciso conocer quien tendrá el acceso total al cuidado del menor. El juez al estar absolutamente seguro de que dicha figura fue confiada a uno de los progenitores de forma correcta, contribuye a la no afectación del desarrollo integral del niño (a). Considerando el consentimiento y la decisión del menor respecto de con quien desearía estar, “la decisión mutua de los padres por ningún motivo puede alterar el

bienestar intrínseco que posee y ha adquirido con el tiempo". (Capilla & Fernández, 2020, p. 684).

Por el contrario, si no existe un acuerdo mutuo entre ambos progenitores se optará para que el menor se quede con cualquiera de los cónyuges que demuestre mayor estabilidad garantizando su adecuado cuidado, de acuerdo a las reglas de la patria potestad. Conforme señala la Sentencia 28-15-IN/21 es meritorio que se realicen estudios basados en la estabilidad psicológica del niño (a) para que la decisión tomada por el juez no perjudique en su bienestar.

Para garantizar la efectiva aplicación de la patria potestad se evaluará a los progenitores a fin de que estos mantengan la madurez psicológica y estabilidad emocional suficiente. No obstante, para que se les entregue la patria potestad por parte del juez, se "debe explícitamente tener la seguridad que el progenitor a cargo tiene mejores condiciones en base a la dedicación que pueda brindar a su hijo/a y así brindarle también un ambiente realmente familiar y dar por sentado su desarrollo íntegro". (Fabris, 2019).

El juez a cargo de dictaminar cual progenitor deberá quedarse con el menor, cuando ambos contengan la misma posibilidad de ejercer dicho derecho, lo otorgará a cualquiera de ellos, sin que la madre sea la única más apta, conforme a lo dicho también se prevé que este acto sea contrario y que ninguno de los progenitores, pues ambos pueden ser aptos para recibir al niño o niña. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

Lo antes mencionado recae en que por ningún motivo después de una evaluación precisa a los progenitores, el juez siga insistiendo en la "madre". Entendiendo que hay varios factores que el Juez deberá tomar en consideración en primer plano como:

"violencia o maltrato de los progenitores al menor, abuso o explotación de manera sexual de sus hijo/as, también a los progenitores que no establezcan las relaciones afectivas e indispensable para pro y mejor en el desarrollo entregar del menor; así como, los deberes de cuidado que implica esta figura quien haga caso omiso de dichas reglas". (Blanco Carrasco, 2016).

Recae sobre el juez competente una gran responsabilidad pues en sus manos está el dar prioridad al interés superior del menor. Todo ello en consideración de no caer en riesgo de fragmentar su mundo entorno a las reglas anteriores dichas. Por esta razón es indispensable el uso adecuado de la sana crítica que trasciende a la mera legalidad y busca una efectiva protección del menor como parte de un grupo vulnerable.

Aspectos relevantes de la patria potestad denotan la correlación a la familia para asegurar sentido de unión que prevea compartir el tiempo ambos progenitores con el menor. De esa forma es posible equilibrar en conjunto la

armonía que el menor necesita para asegurarse su estabilidad emocional. Es de suma importancia que lo expresado ante la familia debe ser "eficaz para el menor, ya que es su primera escuela en base a un aprendizaje donde el hijo o hija podrá dar paso al desarrollo íntegro de lo que se está analizando acerca de la personalidad". (Gómez Gallardo, 2020).

Los valores y principios de los menores, coadyuvan en la vida que tenga a futuro tanto en la niñez como en la adolescencia, hechos que nacen desde el núcleo familiar. Inclusive se debe recapitular que esta etapa es donde la figura de patria potestad va de la mano con la tenencia, pues se hace presente con fuerte impacto en la salud emocional de los menores, y es en donde se debe "forjar una actitud positiva en el niño/a para que en futuro pueda plantear un conocimiento intrínseco de los derechos a los que está sujeto". (Damo & Cenci, 2021).

Una de las preguntas más frecuentes que a medida se ha presentado, es: "¿Si uno de los progenitores tiene la patria potestad y no tiene sustento económico suficiente, que llega a suceder con esta figura?". (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021). La réplica ante esta interrogante se prevé en el CONNA en su apartado número 114, fragmento que aclara que el hecho de carecer de factores económicos no recaerá en ningún tipo de causal para que cualquiera de los dos progenitores pueda perder la patria potestad o en su defecto la tenencia. (CONNA, Congreso Nacional, 2003).

Con estas consideraciones, es importante recalcar que la patria potestad se establece en nuevas reglas, que han sido previstas en la Corte Constitucional, entorno al artículo 106 del CONNA, precautelando la igualdad entre ambos progenitores, a favor de los hijos no emancipados, para aplicar de manera equitativa sus deberes, derechos y responsabilidades de forma parental. De acuerdo a la Sentencia 28-15-IN/21, se ha declarado como inconstitucional este precepto, por contravenir lo expuesto en la Constitución de la República.

Suspensión y pérdida de la patria potestad

Es de realce analizar la institución jurídica de la patria potestad, considerando que en ella se encuentra inmerso un sin número de derechos. El interés superior, se une a varios principios, derechos y obligaciones que los padres tienen sobre los hijos, estén con ellos o no.

Por tanto, quien resuelva sobre patria potestad, debe considerar a ambos progenitores como legalmente capaces, con "la estricta condición de tener una responsabilidad absoluta en caso de que el otro progenitor no pueda acceder a tener bajo su custodia sea en tenencia o en patria potestad". (Carapezza Figlia, 2021).

La suspensión o pérdida de la patria potestad lleva varias condiciones de estricto cumplimiento. Se prevé que, al no cumplir con el fin de la patria potestad, cualquiera de los progenitores puede presentar su solicitud para que la

limite, con la finalidad de que se suspenda o se efectúe la privación.

Por otra parte, también es posible solicitar nuevamente la reapertura de la misma, es decir “cualquiera de los progenitores que tenía la patria potestad y la quiere de vuelta deberá solicitarlo al juez; y, éste deberá corroborar que el menor va a estar seguro a quien proceda a restituir la patria potestad”. (Carapezza Figlia, 2021).

La figura realmente eficaz para el bienestar del menor debe darse de acuerdo a las situaciones jurídicas adversas o de incumplimiento a la ley de la patria potestad. Considerando que a través del diario vivir se van presentando las situaciones que pueden ser objeto de cambios jurídicos. En este sentido resulta menester indagar profundamente respecto de las consecuencias y de los cambios sociales o legales para favorecer el entorno a los menores. La Patria potestad está inmersa en tres factores que son: “suspensión, limitación o privación” (Velázquez, 2014, p. 67).

En principio, la restitución de la patria potestad deberá ser solicitada al juez a cargo y competente de la causa, sin embargo, el mismo dictamina si ha existido un cambio al motivo que orillo a privar, suspender o limitar la patria potestad como tal. Constatando el juez que existe una modificación en que originó estos factores, procederá a remitir nuevamente la patria potestad a quien solicite de esta restitución.

Parta tomar la decisión de restituir la patria potestad se ha planteado también tener muy en cuenta la opinión al menor. El juez escuchará detenidamente lo que el menor considere mejor para sí mismo. Conforme lo planteado, en la restitución de la patria potestad se involucra también el cambio de cualquiera de estos actos por uno de los mismos, es decir que “se puede prologar en efecto que el juez considere: reemplazar la privación o la suspensión en tal caso por la limitación en base a la patria potestad del hijo o hija”. (Gómez Gallardo, 2020).

[Criterios en torno a la tenencia ¿una forma de ejercer la patria potestad?](#)

Dentro del campo civil y derecho de familia se define, en confiar por parte del juez hacia alguno de los dos padres, para que cumpla con un cuidado basado en lo óptimo. La tenencia debe respetar los aspectos en los que versa la figura mencionada en líneas anteriores, se puede atribuir a la tenencia como “un concepto de responsabilidad que tendrá que asumir el padre o la madre que prevea tener la tenencia del menor direccionado a un desarrollo normal de su vástago”. (Fabris, 2019).

Ahora bien, en base al Código de la Niñez y de la Adolescencia, menciona a la procedencia de la tenencia, como “un punto estratégico para el desarrollo íntegro del menor, que coadyuva con la patria potestad, haciendo más efectivos los derechos de los menores y a su vez las

obligaciones propias que la patria potestad y la tenencia conlleva”. (Suárez Blázquez, 2014).

Cuando existe la separación o divorcio de los padres donde exista un menor, se disputará el contenido de la Sentencia 28-15-IN/21. Pues dentro de la tenencia se presume que ambos padres tienen obligaciones y derechos ante sus hijos, que también el menor puede opinar con quien vivir, donde propiamente se aplicará las mismas condiciones del principio de igualdad.

Esto involucra directamente al padre y a la madre del menor, recalcando que se preverá la no vulneración del interés superior del menor, es decir “que la igualdad que los padres tienen, sobre el hecho de compartir como tal momentos relevantes en la vida del menor, puede ser entregada a uno de ellos”. (Fabris, 2019).

La tenencia es compartida desde el 2021 en el Ecuador, por tanto, se empezará una pugna paterna, donde el Juez es el único con la decisión en las manos. Tanto el padre como la madre ahora son aptos y legalmente capaces en derecho a tomar la posta de la tenencia para sus hijos no emancipados, por tanto, será distribuido todo tipo de responsabilidad según la personalidad que esté acorde al padre o a la madre es decir “poder participar de cualquier actividad de índole educativa, cotidiana del menor, con la caracterización que los padres del menor ya se encuentran separados”. (González et al., 2018).

Bajo el concepto de separación paterna, los menores no se sienten seguros del entorno en el que sus padres han impuesto. Ante ello, el Juez preverá que el menor reciba asistencia psicológica, por el daño psicológico ante la disputa de sus padres, para ver quién va a hacerse cargo del menor, que dentro de la tenencia precisa el régimen de visitas que el progenitor deberá acaparar, esto ayuda a combatir los problemas psicológicos a que ha sido expuesto el menor.

En algunos casos la relación de ex conyugues no ha dado un fruto favorable a los hijos menores de edad, destruyendo de forma indirecta su desarrollo integral. Las visitas no son suficientes, para el progenitor que no tiene la tenencia, pues las circunstancias que se dan a lo largo del tiempo, como una nueva familia, nuevos hijos, nueva vida, determina rotundamente el desarrollo integral del menor, es decir que “analíticamente estas acciones perjudican en el desarrollo y protección íntegra del menor”. (González et al., 2018)

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

La tenencia compartida, conforme a la Sentencia 28-15-IN/21, fue analizada por el tribunal de Corte Constitucional, fue valorada entorno a la igualdad de derechos entre progenitores, derechos y obligaciones consagradas en la Constitución ecuatoriana 2008. Esta figura compartida es realmente positiva para no generar un impacto fuerte en el menor, ya que la relación conyugal puede darse por terminada.

Con la tenencia compartida se prevé que el menor no sienta como tal esa separación de sus padres y a su vez pueda seguir compartiendo con ellos, por ello nace la interrogante de: ¿Qué es el interés superior del niño/a?, se define como "un principio fundamental para ejercer total protección a los derechos del niño". (Gonzalez, 2014, p. 34).

Para que este principio no sufra ningún tipo de vulneración se plantea imponer que todo tipo de autoridad ya sea judicial o administrativa ayude a ser respetado y no vulnerado. Cabe mencionar dentro de este apartado, las autoridades actuaran sin distinción del ámbito público o privado ambos sectores velaran porque el interés del menor se cumpla, de igual manera es indispensable que para sustentar este principio de manera positiva en la sociedad y en la familia como tal, exista:

"un equilibrio en base a derechos y deberes justos, que enmarquen tanto a niños/as y adolescentes, a respaldo sin distinción de lo que respecta a los demás principios, como lo son el principio cultural que enfrasca a creencias como valores o normas dependiendo de la cultura". (Guzmán Pérez, 2011).

Por otro lado, el principio de diversidad étnica que engloba a nacionalidades o a su vez grupos étnicos que viven en cierta zona determinada de nuestro estado ecuatoriano, como norma de aplicación obligatoria.

Siendo importante entender que el principio superior del menor va por encima de los dos principios establecidos anteriormente, la tenencia compartida y la tenencia uniparental no es un punto efectivo al derecho de familia y al tenor del cuidado del menor, pues en efecto también esta figura jurídica plantea que "la tenencia compartida debe ser una reunión de todos los derechos de los niños". (Aroca-Montolío et al., 2014).

El conjunto de estos derechos son la clave del mejor desarrollo integral de los menores. De hecho, llega a ser un ámbito doctrinario otorgado por la Corte Constitucional, para que explícitamente se comprometa a cumplir el interés superior de los menores o en su defecto a ser juzgado reprochando acciones que van en contra, en este caso en el cuidado personal compartido del menor implica que los progenitores cubran todas sus necesidades entorno a su tutela, así lo manifiesta (Lanzarot, 2017, p. 12), donde respalda el código civil vigente en nuestro estado ecuatoriano.

Los progenitores tienen la obligación de contar con los recursos suficientes para la manutención de sus hijos. Para ello el Juez deberá de forma inmediata determinar

en base a sus ingresos y el número total hijos o cargas familiares que tenga; la suma estimada que deberá otorgar el progenitor que tiene la tenencia del menor, no siendo el único en proveer los recursos económicos necesarios para ello, claro está, que en medio de la pandemia de la COVID-19, muchos progenitores han llegado a adquirir boleta de apremio personal por la falta de recursos económicos que ha golpeado al mundo, por lo que se dice que "estos recursos no alcanzan a las cubrir las necesidades del menor, prefiriendo la cárcel, por la falta de empleo". (Lanzarot, 2017)

La tenencia compartida, llegó al Ecuador a cambiar la forma de ver el Código Civil y el Código de la Niñez y de la Adolescencia, considerando lo expuesto en el numeral 46 de la Sentencia que dice "46. En este sentido la alegación de la corresponsabilidad parental no puede afectar la calidad y derechos de estos grupos vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes, así como las mujeres embarazadas, madres, jefas de familia y víctimas de violencia, que se encuentran íntimamente vinculados, lo que es evidente en caso de separación de la pareja, ya que los hijos quedan al cuidado y protección de sus madres."

Se concluye que el principio de proporcionalidad constitucional, prevaleció a favor del interés superior de los menores, ya que asevera que la preferencia materna no es proporcional, porque este es desigual a las áreas de mayor importancia, que sería el interés superior de los niños, que pretenden satisfacer mediante el arreglo entre las partes, y dar preferencia a las madres, lo cual dio un giro entorno a la descripción de que la madre es la mejor opción para el cuidado de los niños, discriminando de esta forma a los padres, que pueden dar una vida saludable a sus hijos siendo compatible con el interés parte superior de los niños.

Régimen de preferencia materna ¿a quién verdaderamente se discrimina?

La disputa entre quien debe ejercer la representación legal de los niños y niñas frente a padres separados lleva a considerar la existencia de transgresiones a principios fundamentales como son: igualdad, no discriminación, corresponsabilidad parental, seguridad jurídica, tutela efectiva, entre otros. Sin embargo, analizando a profundidad estos aspectos, el cuidado y crianza de los hijos viene siendo una responsabilidad compartida más no un trofeo en disputa.

Haciendo un acercamiento a los tratados internacionales de derechos se puede observar que "la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención de los derechos del niño" (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021) hacen referencia al deber de cuidado como una responsabilidad común en favor de los hijos. La normativa internacional no hace distinción entre hombres y mujeres en lo que respecta a la crianza de los hijos, muestra de ello, países de la región como Argentina, Chile, Colombia y Perú ya han adoptado estos preceptos.

Evaluando el derecho de interés superior es posible afirmar que los niños y niñas requieren conservar la relación con sus dos progenitores para el pleno desarrollo de su personalidad. Como se explicó en párrafos anteriores no es lo mismo patria potestad que tenencia, recordemos que la primera es un derecho inquebrantable en favor de ambos progenitores, mientras que la segunda corresponde al ejercicio de la convivencia diaria.

En la observación general número 14 aprobada por el comité de los DESC se hace mención de que “el interés superior de NNA es prioritario frente a otros intereses” este criterio lleva a considerar la necesidad de evaluar cada caso en particular. Puesto que “la asignación automática a la madre, a falta de acuerdo sobre la tenencia, presupone una rigidez en la toma de decisiones que se convierte en una acción discriminatoria”. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

Los estereotipos de género arraigados a patrones culturales, encasillados al rol de la mujer han perpetuado la violencia y discriminación como aspectos heterogéneos que se acentúan de manera distinta en cada individuo afectando de forma conexa a todo el entorno familiar y social. En este sentido, la pre asignación materna dificulta el ejercicio de derechos en forma paralela institucionalizando estos patrones y desequilibrando el ejercicio de derechos y deberes. (Fabris, 2019).

Por otra parte surgen criterios que contraponen este precepto al asegurar que si ambos progenitores se demuestran estabilidad emocional y económica para cuidar a sus hijos no hay justificación objetiva ni razonable para segregar al padre de este proceso. Lo expuesto, más allá de victimizar al progenitor centra el debate en un trasfondo que cuestiona por qué al padre lo limitan a ser un proveedor económico. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

Desde hace varios siglos atrás la mujer era considerada un objeto sexual, cuya función primordial era la de “paridoras” puesto que su rol se resumía a procrear y velar por la atención de su familia y la crianza de sus hijos. Este paradigma ha ido cambiando paulatinamente puesto que en la actualidad es posible la integración femenina al ámbito educativo y laboral.

La corresponsabilidad parental busca cerrar estas brechas de disputa entre los padres pese a que el rol de muchas mujeres y madres aún se encuentra opacado por el machismo y la violencia. Entonces no sería objetivo hablar de segregación al padre cuando este aporte significativamente en el cuidado y crianza de sus hijos.

Recurrir a la custodia compartida también puede contribuir a ser un mecanismo de violencia contra la mujer en el evento de existir padres agresores que utilizan a los hijos como medio de manipulación hacia las mujeres. El tema es ampliamente controversial, si bien la violencia se genera por la imposición de estereotipos, también esta puede darse frente a la eliminación de los mismos.

Al hablar de derechos fundamentales estos se distinguen por su trascendencia nacional es decir están catalogados en las constituciones y la norma interna de cada Estado. Esta diferencia es importante al momento de hacer mención a la reivindicación de la mujer entorno a sus derechos. No se puede dejar de lado que durante siglos fueron relegadas y marginadas debido a diferentes patrones culturales.

La condición económica, social y emocional de hombres o mujeres difiere ampliamente de cada situación en particular, no obstante, dependiendo de la zona poblacional en la que habiten se facilita o dificulta el acceso a servicios básicos, fuentes laborales, educación para los hijos entre otras. No se puede dejar de lado que en poblaciones rurales donde muchos padres han migrado los niños (as) no gozan del cuidado de sus progenitores.

Los estereotipos de género en la construcción cultural han cimentado desventajas estructurales en contra de la mujer. Así por ejemplo, constituyendo desde su formación personal la idea de maternidad debido a las condiciones biológicas que presenta. De surgir la pérdida de este atributo en torno al cuidado de sus hijos, el impacto emocional sufrido puede llegar a ser muy elevado.

Por el contrario, también existen madres que hacen uso de la tenencia de sus vástagos para proceder a la manipulación de la pareja, restringiéndola de ver a sus hijos en caso de no aportar económicamente en su manutención. En efecto son varias las razones que llevan a fundamentar la pertinencia o no de aplicar la tenencia compartida. Sin embargo, la desigualdad económica en razón de género es evidente a nivel nacional por el hecho de confiar a la mujer el cuidado de los hijos convirtiéndose en vulnerable, limitando su crecimiento económico, laboral, como un techo de cristal.

En la esfera de la protección universal, los derechos humanos vienen anclados no solo a los estándares de protección internacional sino también han incorporados a los diferentes textos constitucionales en los que evidentemente la persona está por encima del Estado. De este modo la dimensión deontológica de los derechos garantiza el carácter universal de salvaguarda a la dignidad de hombres y mujeres pero esto no debe obstar en el pleno desarrollo de niños y niñas.

Las diferentes luchas sociales en pro de los derechos han logrado posicionar a las libertades públicas así como a los derechos subjetivos desde una concepción positivista que persigue la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres. Sin embargo, en el territorio ecuatoriano muchos grupos minoritarios tardaron siglos para obtener un reconocimiento adecuado y no se podría hablar de discriminación o favoritismo cuando hay derechos de grupos prioritarios que están en juego.

CONCLUSIONES

El rol de la mujer constituye un cambio de paradigma en el imaginario social en razón de haber superado incontables

obstáculos para la reivindicación de sus derechos. Las diferentes barreras y patrones culturales definidos por la costumbre han contribuido a su exclusión social durante décadas. Por tanto, superando todas estas etapas de represión se han fortalecido sus derechos permitiendo la inclusión educativa y laboral en la búsqueda de la igualdad.

Entre las obligaciones del Estado y cumpliendo deber de salvaguardar y respetar la esfera individual y colectiva de sus ciudadanos, plasma la existencia de acciones afirmativas representadas como pisos de protección para equiparar brechas. Sin embargo los quebrantos del derecho acentúan la discriminación laboral y económica que impide igualdad entre ambos géneros.

Al buscar un equilibrio en cuanto a los derechos de mujeres y hombres no se debe transgredir el interés superior de niños y niñas como grupo prioritario de atención. Es importante que se garantice el goce efectivo de derechos afianzando todas las prerrogativas en su favor sin discriminación, así como el disfrute de su niñez en compañía de sus dos progenitores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aroca Montolío, C., Lorenzo Moledo, M., & Miró Pérez, C. (2014). Violence against parents: Key factors analysis. *Anales de Psicología*, 30(1), 157-170.
- Badia, J. M., & Esparcia, A. J. (2021). Autonomy management of minors in parental divorce proceedings. *Anuario de Psicología*, 51(1), 1-7.
- Blanco Carrasco, J. P. (2016). Dissents. Patria potestas conflicts in modern rural Spain. *Studia Historica, Historia Moderna*, 38(2), 107-135.
- Capilla, S. G., & Fernández, F. R. (2020). Shared custody and gender violence: Perspectives of present and future. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 676-697.
- Carapezza Figlia, G. (2021). FAMILY HOME RIGHTS in DIVORCE. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 15, 64-75.
- Congreso Nacional. (2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 03 enero de 2003.
- Congreso Nacional. (2005). Código Civil (Codificación 2005-010). Registro Oficial 10 de mayo de 2005. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Sentencia No. 28-15-IN/21, (24 de noviembre de 2021). http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1iYWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODImMTRmNDEucGRmJ30=
- Damo, D. D., & Cenci, C. M. B. (2021). Emotional Divorce: Similarities and Differences According to the Position Occupied. *Trends in Psychology*, 29(3), 505-518.
- Fabris, M. (2019). Patria potestad, familia y género: Las diferentes perspectivas en el catolicismo y el debate en el Congreso (1984-1985). *Estudios - Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba*, 42, 71-90.
- Gómez Gallardo, P. (2020). El derecho a la propia imagen de niñas, niños y adolescentes frente a las tecnologías de información y comunicación (la responsabilidad que tienen quienes ejercen la patria potestad). *Revista IUS*, 14(46), 205-222.
- Gonzalez, A. B. (2014). Terapia sistémica y violencia familiar: Una experiencia de investigación e intervención. *Quaderns de Psicologia*, 16(2), 43-55. <https://doi.org/10.5565/rev/qpsicologia.1196>
- González, A. B., Martínez, R. E., Piña, M. A., & Segura, C. A. (2018). Psychosocial risks considered by family judges in decisions on loss of parental authority: An exploratory study. *Interdisciplinaria*, 35(1), 189-204.
- Guzmán Pérez, C. (2011). The legal authority and custody of the children, in the cases of separation and divorce, according to the Spanish law and jurisprudence. *Estudios Eclesiasticos*, 86(339), 769-801. S
- Lanzarot, A. I. B. (2017). Withdrawal of parental rights for breach of family duties and drug dependence. *Revista Española de Drogodependencias*, 42(1), 65-92.
- Manzanero, A. L., López, B., Aróztegui, J., & El-Astal, S. (2015). Autobiographical memories for negative and positive events in war contexts. *Anuario de Psicología Jurídica*, 25(1), 57-64. Scopus. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2015.02.001>
- Meil Landwerlin, G. (2017). Permisos parentales para hombres y corresponsabilidad en el cuidado de niños. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 131, 15-34.
- San Martín, M. A. (2015). Changes in parental authority and especially its joint exercise. *Revista de Derecho*, 28(1), 55-77. Scopus. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502015000100003>
- Suárez Blázquez, G. (2014). Patria potestas in the roman law and in the late middle ages visigothic law. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 36, 159-187.
- Velázquez, M. E. (2014). A bibliographic path through subject-society, body and clothing concepts and their interrelationships. *Interdisciplinaria*, 31(2), 227-237.