

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Sociales

Carrera de Derecho

Análisis de los criterios desarrollados en la sentencia No. 28-15-IN/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del CONA y su aplicación en los casos de fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes por parte de los jueces del cantón Cuenca


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada

Autor:

Andrea Patricia Chalco Miranda

Director:

María Elena Coello Guerrero

ORCID:  0000-0003-0181-0630

Cuenca, Ecuador

2025-09-20

Resumen

La presente investigación abordó el problema jurídico derivado de la aplicación de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21, la cual declaró la inconstitucionalidad de las frases contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, respecto de la preferencia a la madre en las reglas establecidas para confiar el ejercicio, según lo dispuesto en el Código, de la patria potestad, reglas que son aplicables a la tenencia. El objetivo general fue analizar jurídicamente y constitucionalmente cómo se están aplicando dichos criterios en los casos de fijación de tenencia de niños, niñas y adolescentes en el cantón Cuenca, con énfasis en la garantía del principio de igualdad, el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental. Para cumplir con este propósito, se utilizó un enfoque cualitativo, con un nivel de investigación exploratorio y explicativo, apoyado en el método hermenéutico-jurídico. El diseño fue descriptivo y analítico, permitiendo una revisión detallada de fuentes documentales relevantes, como la sentencia constitucional, normativa. También se realizó una comparación con la legislación española para contrastar modelos y criterios aplicables a la tenencia. Entre los resultados más relevantes, se evidenció que los jueces del cantón Cuenca aplican los criterios establecidos en la sentencia, pero existiendo aún decisiones influenciadas por estereotipos de género y una falta de fundamentación suficiente.

Palabras clave del autor: tenencia compartida, interés superior de los niños, niñas y adolescentes, corresponsabilidad parental



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

This research addressed the legal issue arising from the application of the jurisprudential criteria established by the Constitutional Court in ruling No. 28-15 IN/21, which declared the unconstitutionality of items 2 and 4 of Article 106 of the Organic Code of Childhood and Adolescence. The general objective was to legally and constitutionally analyze how these criteria are being applied in custody cases involving children and adolescents in the canton of Cuenca, with emphasis on the guarantee of the principle of equality, the best interests of the child, and parental co-responsibility. To achieve this goal, a qualitative approach was used, with an exploratory and explanatory level of research, supported by the hermeneutic-legal method. The research design was descriptive and analytical, allowing for a detailed review of relevant documentary sources, such as the constitutional ruling and applicable regulations. A comparison was also made with Spanish legislation to contrast models and criteria applicable to custody decisions. Among the most relevant findings, it was observed that judges in the canton of Cuenca do not uniformly apply the criteria established in the ruling, with some decisions still influenced by gender stereotypes and a lack of sufficient legal reasoning. Although some progress has been recorded in certain rulings regarding the assessment of the best interests of the child and parental co-responsibility, the practical implementation of constitutional jurisprudence remains limited. It was concluded that judicial training must be strengthened and clear guidelines developed to ensure the effective application of the principles established by the Constitutional Court.

Author Keywords: custody, best interests, equality, jurisprudence, parental co responsibility.



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Introducción	7
Capítulo I: Problema de la Investigación	9
Capítulo II: Analizar los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia para la fijación de tenencia de niños, niñas y adolescentes	12
2.3. Análisis de los casos resueltos por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca	
19	
Capítulo III: Comparar con la legislación española los criterios que sirven para la fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes.	
Conclusiones	30
Recomendaciones.....	32
Referencias	3
3	
Anexos.....	36

Dedicatoria

A mis padres Patricio y Aracely, por ser el pilar fundamental de mi vida. Gracias por su amor incondicional, por enseñarme con su ejemplo el valor del esfuerzo, la honestidad y la perseverancia. Su apoyo ha sido mi mayor fortaleza en cada etapa de este camino. Las palabras gracias se quedan cortas para expresar mi gratitud y amor hacia ellos.

A mis hermanos Gaby y Sebas, por estar siempre ahí, acompañándome con su cariño, sus palabras de aliento y su paciencia. Cada uno, a su manera, ha sido una fuente de motivación para seguir adelante. Fueron ustedes un gran apoyo en esta etapa que voy a culminar

A mi enamorado Mateo, por su compañía constante, por creer en mí incluso cuando yo no lo hacía, y por regalarme su apoyo, su amor en los momentos más exigentes de esta etapa. Gracias por ser parte esencial de este logro.

Esta tesis es también de ustedes.

Agradecimiento

En primer lugar, quiero agradecer a Dios por guiar mi camino otorgándome sabiduría en los momentos que me sentía perdida, fue la luz en momentos de oscuridad

A mi padre Patricio, gracias por enseñarme a ser mejor todos los días, gracias papi por enseñarme a ser perseverante en mis sueños, sin ti nada lo hubiera logrado porque siempre quería que estuvieras orgullo de mí.

A mi madre Aracely, gracias por la vida y por enseñarme a ser fuerte en los momentos que sentía que no podía, siempre te agradeceré querida mama por ser amorosa y ser quien ocultaba mis secretos. Gracias por enseñarme a ser fuerte sin ti no hubiera logrado esta meta.

En fin, gracias queridos padres por nunca dejarme sola, jamás dejare de lado los valores y principios de me enseñaron.

A mi hermana Gaby, quiero agradecerle por ser un apoyo incondicional en momentos difíciles, gracias por ayudarme en todo y nunca dejarme.

A mi enamorado Mateo, gracias por acompañarme estos años, creyendo siempre en mí, gracias por tus palabras de aliento me ayudaron mucho.

A mi amiga Sofy Apolo, quería amiga gracias por ser una compañera de aventuras en esta carrera, y me alegra poder cumplir la frase que decíamos en los primeros ciclos “lo iniciamos juntas y los terminamos juntas”.

A la Dr. María Elena Coello, tutora de esta tesis, gracias por su voluntad, guía y enseñanza lo que me permitió llegar a la culminaron de este trabajo obteniendo una visión del derecho.

Introducción

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) es el principal marco legal que regula y protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador. Su base se encuentra fundamentada en la Constitución, que garantiza el respeto y la promoción de los derechos fundamentales de todos los ecuatorianos. Un principio fundamental en la interpretación y aplicación de estas disposiciones es el interés superior del niño, el cual debe prevalecer en cualquier decisión que los involucre. Sin embargo, algunas disposiciones del CONA han generado controversia y han sido sometidas a revisión judicial. En particular, las frases respecto de la preferencia a la madre contenidas en los numerales 2 y 4 del Artículo 106 fueron declaradas inconstitucionales por contradecir el interés superior del niño, el derecho a la igualdad y la corresponsabilidad parental. La inconstitucionalidad de estos numerales, en su parte pertinente, plantea un problema central: determinar si los jueces de familia del cantón Cuenca están aplicando los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional en la fijación de la patria potestad y tenencia de los niños, niñas y adolescentes. Esto nos lleva a preguntarnos sobre el impacto real de estos criterios en la práctica judicial y cómo han influido en las decisiones de los jueces respecto a la tenencia de niños, niñas y adolescentes. La Corte Constitucional ha enfatizado que los jueces deben evaluar la aptitud e idoneidad de los progenitores para garantizar el bienestar de los niños, considerando factores como la edad, el cuidado, la protección y la seguridad. Asimismo, la Corte ha determinado que se debe analizar el historial parental desde la separación de los padres, considerando la dedicación y la relación previa con el hijo. En el ámbito social, los jueces solían fundamentar la tenencia y patria potestad en criterios tradicionales que no siempre respondían al interés superior del niño. Sin embargo, los nuevos lineamientos impiden que la decisión se base en el género de los progenitores o en su capacidad económica. Se enfatiza la necesidad de evaluar cada caso en su contexto, sin otorgar prioridad a un solo factor. Además, la sentencia introduce un aspecto fundamental: la opinión de los niños, niñas y adolescentes debe ser considerada según su edad y grado de madurez, respetando su identidad y asegurando que las decisiones sean tomadas en su beneficio. Los efectos de esta problemática son significativos tanto en el ámbito legal como en el social. Desde el punto de vista jurídico, la declaración de inconstitucionalidad obliga a una revisión de la legislación para garantizar su alineación con los principios constitucionales y la protección de los derechos de los niños. Aunque la Corte Constitucional ha definido ciertos criterios para orientar a los jueces, aún persiste la necesidad de una reforma legislativa que brinde mayor claridad y garantice una aplicación uniforme de estos principios. En el ámbito social, la decisión de la Corte genera una mayor conciencia sobre la

corresponsabilidad parental y la necesidad de garantizar la igualdad en la crianza de los hijos. Aunque el principio de igualdad está reconocido legalmente, su implementación enfrenta desafíos debido a barreras culturales y sociales arraigadas. Este estudio busca evaluar la aplicación de los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia 28-15-IN/21 en los casos de fijación de tenencia de niños, niñas y adolescente en el cantón Cuenca. A través de este análisis, se pretende aportar al debate sobre la interpretación de la normativa en materia de niñez y adolescencia, así como generar insumos que permitan mejorar la práctica judicial en beneficio de este grupo de atención prioritaria.

Capítulo I: Problema de la Investigación

Para entender cuál es problema que se desarrollará en esta tesis primero tenemos que iniciar con El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) el cual es el principal marco legal que regula y protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el país. Este cuerpo normativo se fundamenta en la Constitución ecuatoriana, que garantiza y promueve los derechos humanos, especialmente de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el principio del interés superior del niño es una piedra angular en la interpretación y aplicación de todas las disposiciones relativas a la niñez y adolescencia. Sin embargo, ciertas disposiciones del CONA han sido objeto de controversia y debate, llevando a una revisión judicial de su viabilidad. En particular, las frases contenidas en los numerales 2 y 4 del Artículo 106, que establecen criterios para la fijación de la tenencia, han sido cuestionadas por no ajustarse a principios constitucionales. Dichas normas, si bien pretenden orientar el ejercicio de los derechos y deberes parentales, fueron declaradas inconstitucionales por contravenir el interés superior, el derecho a la igualdad y el principio de corresponsabilidad parental. La declaración de inconstitucionalidad de dichas frases contenidas en los numerales 2 y 4 del Artículo 106 del CONA plantea un problema central: analizar si los jueces de familia del Cantón Cuenca están aplicando o no los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia 28-15-IN/21 para la fijación de tenencia de los niños, niñas y adolescentes. Esta cuestión se desglosa en la interrogante ¿Cuál ha sido el impacto de los criterios jurisprudenciales contenidos en la sentencia No? 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional en los casos de fijación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes por parte de los jueces del cantón Cuenca?

Para entender a fondo el problema, empezaremos por definir la patria potestad debido a que, en función de la patria potestad, tanto el padre como la madre tienen el derecho de supervisar el desarrollo integral de NNA, y el deber de cuidado. Sin embargo, por la separación o divorcio, figuras comunes que impiden la convivencia y la cohabitación, nace la tenencia, figura que se asignará a uno de los progenitores. En primer lugar, es valioso hacer referencia a la patria potestad como una de las instituciones esenciales que tiene como fin proteger los derechos de los niños niñas y adolescentes y establece un conjunto de obligaciones para los padres que la ejercen. En este sentido es importante señalar la definición de Ortiz (2020) quién señala lo siguiente: La patria potestad es una institución que otorga un conjunto de derechos y obligaciones para los padres en relación con su descendencia dentro de sus características esenciales se encuentra la irrenunciabilidad de los mismos siempre y cuando no afecte la integridad del niño, niña o adolescente forma parte de la patria potestad la obligación de tutelar el bienestar físico mental y espiritual y garantizar su desarrollo integral. (pág. 85) Al efectuar un análisis de la definición anterior, se demuestra la importancia de esta

institución en materia de niños y adolescentes, porque tiene como fin lograr que este sector de la población que, por su edad es un sujeto de atención prioritaria, tenga la posibilidad de ser ayudado en su desarrollo por sus padres, por lo tanto, estos deben tutelar su desarrollo. En consecuencia, se evidencia que la patria potestad al final está conformada por una pluralidad de derechos y obligaciones que tienen los padres en relación con sus hijos, cuando los mismos son menores de edad, en consecuencia, el legislador establece esta obligación con la finalidad de proteger a este sector de la población, que, por su edad, por su poca madurez es la parte más vulnerable de la sociedad. En este mismo orden de ideas destaca el criterio de Rogel (2021) quien señala lo siguiente:

La patria potestad tiene como fin garantizar una estabilidad para los niños y adolescentes, hasta el momento en que llegan a su mayoría de edad, en consecuencia, sus padres deben garantizar necesidades no solamente materiales, sino también socioafectivas, culturales, educativas, los cuales van a permitir que el niño o adolescente se desarrolle de manera adecuada, gracias al acompañamiento de su progenitor. (pág. 115) La definición anterior es sumamente profunda y a criterio personal la más acertada, porque establece elementos que otras definiciones no toman en cuenta como es el ámbito de necesidades que no tienen un aspecto únicamente material sino también se enfoca en las relaciones afectivas, que deben existir entre los progenitores y su descendencia, mucho más en aquellas situaciones en las cuales existe una separación de los padres, ya que dependiendo de la edad y de ciertas condiciones específicas del niño o adolescente, puede que la separación sea más compleja. En este aspecto es valioso destacar la definición que otorga el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) en su artículo 105 cuando contempla lo siguiente: La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (pág. 27) Nuestra legislación es bastante clara al definir el concepto de patria potestad porque al compararla con las definiciones que hemos citado en este trabajo, el CONA adopta palabras importantes que deben resonar en los progenitores de los NNA, la definición de nuestro código impulsa a la corresponsabilidad parental que se debe desarrollar conjuntamente en cuanto a las obligaciones y deberes de los padres en el cuidado y bienestar de los hijos, también busca que los niños, niñas y adolescentes estén protegidos en un ambiente sano, recordando de la misma forma que son ellos mismos el núcleo de esta sociedad. Una vez revisados los conceptos teóricos de la patria potestad debemos hacer mención a que, si bien es cierto los conceptos de tenencia y patria potestad están ligados, no son similares, debido a que la patria potestad comprende en el conjunto de derechos y deberes que ejercen los progenitores sobre sus hijos, sean estos niños,

niñas o adolescentes. Por su parte, la tenencia, aunque comúnmente se asocia únicamente al lugar de residencia del NNA, implica algo más que determinar con cuál de los padres vivirá. En realidad, se refiere al régimen de convivencia cotidiana y al ejercicio práctico del cuidado personal, atención y supervisión directa del NNA, sin que ello implique necesariamente una limitación o pérdida de la patria potestad por parte del otro progenitor. De esta manera en el CONA no guardaba plena concordancia con la Constitución, porque de manera explícita daba preferencia a la madre del NNA para la asignación de la tenencia, es así que la declaración de inconstitucionalidad del art 106 numerales 2 y 4 produjo varios efectos significativos en el marco legal y social en Ecuador. Estos efectos pueden ser analizados desde una doble perspectiva: por un lado, desde el enfoque jurídico y, por otro, desde transformaciones sociales que implica esta decisión. Desde el punto de vista legal, la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Artículo 106 del CONA implica una necesidad inmediata de reforma legislativa. A pesar que la Corte Constitucional dejó en cierta medida claros los criterios que deben ser considerados por el juez al momento de evaluar cada caso, con el fin de fijar la tenencia y determinar el ejercicio de la patria potestad, esta situación también abre un espacio para el debate y la revisión de otras disposiciones del CONA que podrían estar en conflicto con el principio del interés superior del niño. Además, esta declaración refuerza la supremacía de la Constitución sobre otras leyes y subraya la importancia de alinear todas las normativas con los principios constitucionales. Socialmente, la declaración de inconstitucionalidad puede tener un efecto positivo al sensibilizar a la población sobre la importancia de fomentar la corresponsabilidad parental, alentando de igual manera el principio de igualdad. Este principio, aunque reconocido legalmente, aún enfrenta desafíos en su implementación práctica debido a diversas barreras culturales y sociales. La revisión de estas disposiciones puede servir como un recordatorio de la necesidad de priorizar los derechos de los niños en todas las esferas de la vida pública y privada. Además, puede fomentar un diálogo más amplio sobre los roles y responsabilidades de los padres, el Estado y la comunidad en la crianza y educación de los NNA, promoviendo una cultura de mayor protección y cuidado hacia los niños.

De igual manera uno de los fundamentos que en esta investigación queremos fortalecer es la corresponsabilidad parental, que es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres al ejercer el cuidado y participación en la crianza de los hijos, sin considerar la situación de estos como pareja; es decir, es referente a la distribución de tareas y responsabilidades que los padres deben de realizar de manera equitativa, y que implica el cuidado de los hijos resultantes de un núcleo familiar (Carvajal & García, 2023). En palabras simples diríamos que la corresponsabilidad parental implica que ambos progenitores comparten equitativamente los derechos y responsabilidades en la crianza y cuidado de sus

hijos. Este principio está estrechamente relacionado con el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que promueve una distribución equitativa de las tareas y responsabilidades parentales, evitando cargas desproporcionadas sobre uno de los progenitores, generalmente la madre. Aquí es donde debemos analizar si la determinación de la tenencia de los NNA es asignada bajo criterios específicos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21, respetando en primer momento el interés superior de los niños, niñas y adolescencia, de esta forma garantizando que su bienestar e integridad sean precautelados, debiendo considerar que los niños y adolescentes son sujetos de derechos y actores fundamentales en la sociedad, por tanto para la determinación de la tenencia deben dejarse fuera factores externos que afectan a la decisión de los jueces, y a criterio de esta investigación la balanza no puede inclinarse por ningún motivo social sino únicamente debe primar el interés superior de los NNA y fomentar en esta sociedad la corresponsabilidad parental.

Capítulo II: Analizar los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia para la fijación de tenencia de niños, niñas y adolescentes.

2.1 Criterios jurisprudenciales de la sentencia No. 28-15-IN/21 Los criterios jurisprudenciales establecidos en esta sentencia se centran en eliminar la preferencia materna automática, ya que el artículo 106 numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia vulnera los principios de igualdad y no discriminación, basándose en estereotipos culturales sobre los roles femeninos de crianza, es por eso que la Corte Constitucional a través de su sentencia busca promover la evaluación caso por caso, garantizar la corresponsabilidad parental, erradicar estereotipos de género. Estos criterios se sustentan en fundamentos jurídicos y constitucionales que priorizan el interés superior de NNA, la igualdad y la no discriminación, alineándose con estándares internacionales de derechos humanos. Como se lo analizo en el capítulo anterior, es fundamental la diferencia entre la patria potestad y la tenencia, es por ello que el art 118 del CONA establece que se puede confiar el cuidado y crianza de los NNA a unos de los padres sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad. La jurisprudencia constitucional ha abierto paso a su aplicación en aquellos casos en los que las circunstancias del caso concreto así lo ameriten, en atención al interés superior del niño, niña o adolescente. La Corte, en su sentencia advierte que las disposiciones impugnadas establecían una preferencia hacia la madre en materia de tenencia, lo cual vulnera el derecho a la igualdad reconocido para todos los ciudadanos y consagrado en la Carta Magna. Este análisis es compartido en el marco de la presente investigación, pues entendemos que las normas deben adaptarse a los cambios sociales. En la actualidad, vivimos en una sociedad en la que tanto hombres como mujeres tienen la misma capacidad para ejercer plenamente sus responsabilidades parentales. Por tanto, no debería existir privilegio alguno para ninguno de

los progenitores; el único criterio determinante debe ser el bienestar emocional, afectivo y económico de los niños, niñas y adolescentes.

El primer criterio jurisprudencial declara inconstitucionales las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” del artículo 106, numerales 2 y 4 del CONA (2013), que recitan 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, ¡salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, ¡siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; Esto se debe a que son contrarias al principio de igualdad y no discriminación prescrita en la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008) en los Artículos 11.2 y 66.4, que señalan, respectivamente:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

La Corte aplica una prueba de igualdad estricta, considerando el sexo como una categoría sospechosa de discriminación, y concluye que la preferencia materna no supera los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad. La norma perpetúa estereotipos de género al asumir que la madre es la principal cuidadora y el padre un proveedor secundario, lo que limita la igualdad material y formal entre progenitores, previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), en los artículos 1 y 24: Artículo 1.

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Además, la asignación automática de la tenencia a la madre contraviene el principio del interés superior de NNA, reconocido en la CRE (2008) en el artículo 44 y en Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 5 y 18, respectivamente, ya que no evalúa las circunstancias individuales de cada caso, restringiendo la participación equitativa de ambos progenitores en la crianza, según los artículos 69.1 y 83.16 de CRE, que exponen:

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

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

Un segundo criterio establece que la fijación de la tenencia debe realizarse mediante un análisis caso por caso, priorizando el interés superior de NNA como criterio rector. La Corte se basa en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, que subraya que el interés superior requiere evaluar factores como la opinión de NNA, su identidad y la preservación de su entorno familiar, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del

niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Este análisis debe considerar las condiciones emocionales, económicas y psicológicas de ambos progenitores, evitando decisiones basadas en criterios rígidos como el sexo. La Corte resalta que la preferencia materna automática es incompatible con la corresponsabilidad parental, en contra opinión de lo que expone la Constitución de la Republica del Ecuador en el artículo 83 numeral 16, que recita: Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. Como se vislumbra, el artículo exige que ambos progenitores compartan equitativamente los derechos y obligaciones en la crianza. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFD, 1981), en los artículos 5 y 16, que refuerza la necesidad de eliminar distinciones basadas en género que limiten la participación igualitaria de los padres.

Otro criterio relevante es la eliminación de estereotipos de género que asignan roles tradicionales a hombres y mujeres. La Corte argumenta que la norma impugnada discrimina a las mujeres al imponerles el rol exclusivo de cuidadoras, afectado su acceso al mercado laboral, ya los hombres al relegarlos a un rol secundario en la crianza, en contraposición con lo descrito en el artículo 66.4 de la CRE, y en el artículo 5 de CETFD. Este enfoque se alinea con la prohibición de discriminación estructural, que busca dismantelar patrones patriarcales que perpetúan desigualdades. La Corte también establece parámetros para la evaluación de la tenencia, incluyendo escuchar la opinión de NNA según su edad y madurez, en base a lo que recita la Convención sobre los Derechos del Niño (2006) en el Art. 12, en el que se garantiza su estabilidad y desarrollo integral, y evita decisiones basadas en prejuicios de género. Estos parámetros se sustentan en el principio del interés superior de NNA, establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador y en estándares internacionales que promueven la protección del entorno familiar como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art. 17. La sentencia también promueve la tenencia compartida como una alternativa viable cuando se beneficia el interés superior de NNA, criticando la custodia monoparental materna como regla supletoria. Este criterio se fundamenta en la corresponsabilidad parental de la CRE, Art.

83.16 Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar

a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. También en base a la Observación General No. 14, que destaca que las responsabilidades parentales compartidas suelen beneficiar a NNA. La Corte cita ejemplos de legislaciones en países como Chile, España y Colombia, donde la custodia compartida es práctica común, reforzando la necesidad de superar modelos monoparentales obsoletos. Finalmente, la Corte aborda la violencia vicaria como un factor crucial en los procesos de tenencia, reconociendo que los hijos pueden ser utilizados como instrumentos para dañar a la madre, lo que constituye una forma de violencia de género (CRE, Art. 66.3; Convención de Belém do Pará, Art. 4). Este criterio exige que las decisiones judiciales protejan a NNA ya las madres víctimas de violencia, asegurando su seguridad y bienestar. En conclusión, la Sentencia No. 28-15-IN/21 establece criterios jurisprudenciales que transforman la fijación de la tenencia en Ecuador, promoviendo la igualdad, la corresponsabilidad parental y el interés superior de NNA mediante evaluaciones individualizadas y la eliminación de estereotipos de género. Estos criterios se sustentan en la CRE (Art. 11.2, 44, 66.4, 69.1, 83.16), instrumentos internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 5, 12, 18; CETFDM, Art. 5, 16; Convención Americana, Art. 1, 24; Convención de Belém do Pará, Art. 4) y jurisprudencia comparada, garantizando un marco jurídico que protege los derechos de NNA y promueve la equidad entre progenitores, aunque el voto disidente resalta la necesidad de considerar las desigualdades estructurales en el contexto ecuatoriano.

2.2 Evaluar la idoneidad y proporcionalidad los criterios jurisprudenciales

El principio de idoneidad se refiere a que toda decisión judicial que afecta los derechos fundamentales debe ser adecuada para alcanzar un fin legítimo, es decir, que constituya un medio apropiado y necesario para proteger o garantizar dichos derechos. Según Ramos (2021) el principio de idoneidad, es referente a la aptitud, adecuación o conveniencia de algo para que se logren fines o propósitos establecidos. Considerando lo prescrito por Briones (2025) la idoneidad es la implicación de una relación positiva entre el contenido que tiene la resolución con la finalidad perseguida por el orden constitucional. Por su parte, para el autor Martínez (2021) sostiene que el principio de idoneidad se divide en dos vertientes significativas: el material y la instrumental. En cuanto a la idoneidad material, esta se refiere a la existencia y disponibilidad de las medidas legales adecuadas para responder a una vulneración del orden jurídico sustantivo. Es decir, se centra en la capacidad de juez para aplicar, en función de las particularidades del caso concreto, las medidas previstas en el ordenamiento jurídico de manera efectiva y pertinente. Mientras que, la idoneidad instrumental, hace referencia a la expectativa de que el proceso judicial se realizará de forma adecuada y eficiente, permitiendo así la correcta aplicación de las normas sustantivas.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad, según Rosales (2020) es referente a “un concepto basado en la necesidad que percibe la doctrina constitucional de que exista racionalidad en las intervenciones del poder público, en el ámbito de la esfera de los derechos, inclusive, en su no satisfacción, por limitaciones legítimamente autorizadas.” (pág. 11). Este principio, fue elaborado originalmente por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, y ha sido reconstituido y sistematizado por Robert Alexy, llegándose a considerar en la actualidad como una herramienta indispensable en la interpretación constitucional, incluso, el mismo Alexy, la considera como el principio más importante dentro del derecho constitucional material (Vázquez, 2021) El principio de proporcionalidad, en tanto técnica de interpretación, tiene por objetivo tutelar de la mejor manera posible los derechos fundamentales, lo cual se realiza al ampliar tanto como sea posible su ámbito de protección, siempre y cuando tal ampliación sea compatible con otros principios. (Vázquez, 2021, pág. 529) Asimismo, Pulido (2010) sostiene que el principio de proporcionalidad, es una herramienta de interpretación constitucional que tiene su punto de partida en el reconocimiento de que los derechos fundamentales poseen dobles dimensiones. La primera dimensión mencionada por el autor es la prima facie y la segunda, la dimensión definitiva. La prima facie, de forma amplia, abarca todas las prerrogativas que pueden derivarse teóricamente del derecho, por lo que inicialmente no tiene un límite definido; pero, dicho carácter amplio puede generar diversos conflictos con otros derechos o principios también protegidos por la Constitución, que al igual que el, también contienen una prima facie extenso. Los criterios establecidos por la Corte buscan alcanzar un punto de equilibrio en las decisiones judiciales, promoviendo la idoneidad y proporcionalidad de las mismas. En este sentido, resulta adecuado que la sentencia haya señalado la importancia de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser escuchados, de acuerdo con su grado de edad y madurez, en los procesos de fijación de tenencia. Si bien es cierto que, por razones biológicas como la lactancia, la madre puede mantener una cercanía inicial más estrecha con el hijo o hija, ello no constituye un fundamento suficiente para justificar una preferencia automática en la atribución de la tenencia; tal presunción resulta contraria al principio de igualdad y al interés superior del niño, niña o adolescente, que exige una valoración individualizada de cada caso. Es el juez quien debe evaluar la idoneidad de las medidas adoptadas, teniendo en consideración que esta idoneidad debe estar estrechamente vinculada con el principio de interés superior del niño, niña y adolescente. La finalidad es garantizar un entorno de desarrollo lo más estable y seguro posible, ya que, a largo plazo, el principal objetivo de toda decisión sobre tenencia debe ser siempre el bienestar integral de los NNA. En este punto también es importante resaltar que lo idóneo o lo más factible sería fomentar la corresponsabilidad parental, la cual tiene su fundamento en el interés superior del NNA, pero aquí se debe hacer una aclaración, la corresponsabilidad

no debe ser confundida con la tenencia compartida, si bien es cierto que ambas se relacionan, existe una diferencia; la corresponsabilidad consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los padres tienen frente a sus hijos, es decir, si bien es cierto la tenencia deberá obligatoriamente ser asignada al progenitor más idóneo, no significa que el otro progenitor se desentienda de las obligaciones con su hijo, la Corte no busca promover la fragmentación del vínculo emocional o de apego con los hijos sino al contrario que ellos se desarrollen en ambientes sanos y seguros donde su integridad no sea vulnerada y que los padres tengan relaciones completamente saludables con los niños, niñas y adolescentes. Con respecto a la evaluación de la proporcionalidad de los criterios establecidos por la Corte, en un primero momento la preferencia materna que se mencionaba en el artículo 106 afectaba al principio de proporcionalidad debido a que sacrificaba el derecho a la igualdad de todas las personas, además marcaba un sesgo preestablecido que indicaba que la madre ya era la persona idónea para cuidar al niño, no obstante, los estereotipos de género no pueden tener mayor jerarquía que el interés superior del niño, niña y adolescente. Es fundamental recordar que la tenencia, aunque implique asignar a uno de los progenitores la convivencia habitual con el NNA, en esencia constituye un derecho propio del niño, niña o adolescente. Esto se debe a que en dicha decisión se encuentra involucrado su bienestar emocional, económico y social, aspectos cruciales para una persona que aún no posee la madurez necesaria para valerse por sí misma y tomar decisiones autónomas sobre su entorno de vida.

Ahora bien, los criterios jurisprudenciales establecidos por la sentencia 28-15-IN/21 cumplen con un test de proporcionalidad para la determinación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes ya que procuran en todo momento la continuidad y la estabilidad en la vida de los NNA. Para ello, se consideran factores como el domicilio de los dos progenitores, las rutinas y hábitos previamente establecidos antes de la separación o el divorcio, así como la estabilidad emocional del entorno. La proporcionalidad en las decisiones judiciales también se refleja en la valoración de la dedicación previa de cada progenitor y del vínculo afectivo que existía entre estos y el niño, niña o adolescente, garantizando así que la medida adoptada responda verdaderamente a su interés superior. Por consiguiente, los criterios establecidos por la Corte Constitucional para la fijación de tenencia de los NNA, reflejan una adecuada aplicación de los principios de idoneidad y proporcionalidad, al considerar de manera integral las dimensiones sociales, emocionales y económicas involucradas. Entre los aspectos más acertados se encuentra el reconocimiento del derecho del NNA a ser escuchado antes de la toma de decisiones, en atención a que son los sujetos activos del derecho en cuestión y quienes experimentarán de forma directa las consecuencias de lo resuelto. En este contexto, es fundamental que se evalúe la idoneidad y aptitud de cada

progenitor para garantizar el bienestar integral del NNA, lo cual implica proporcionar un entorno adecuado según su edad, nivel de cuidado, protección y seguridad. Además, los juzgadores deberán emitir decisiones debidamente motivadas en derecho, para lo cual podrían contar con informes realizados por el equipo técnico de la Unidad de Familia. Estos informes contribuirán a que la resolución se centre efectivamente en el interés superior del NNA y promueva el principio de corresponsabilidad parental.

2.3. Análisis de los casos resueltos por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca

2.3.1 CASO 1 – N°01204-2021-01729

Actor: Freddy Geovanny Aquino Castro

Demandada: Tatiana Yamileth Santos Solano

Jueza: Dra. Jenny Duque

El actor presenta la demanda el 31 de marzo del año 2021 con la pretensión de obtener la tenencia de su hijo Dylan Sayer Aquino Santos de 7 años de edad, la cual es aceptada a trámite el 08 de junio del mismo año, el actor realiza el juramento de desconocimiento de domicilio de la demanda por cual procede a la publicación en la prensa para la citación correspondiente, se proceda a fijar fecha y hora para la audiencia única de procedimiento sumario.

Hechos relevantes del caso

- El actor acudió previamente en el año 2016 a la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca a denunciar a la progenitora porque constantemente realizaba maltratos físicos y psicológicos a su hijo por tal motivo la Junta le otorgó la tenencia temporal familiar al padre •
- El año 2017, la madre acude al domicilio del progenitor para pedir que le deje visitar a su hijo sin embargo la Sra. Santos Solano jamás regreso con su hijo, ante tal situación la Junta emitió apoyo de la DINAPEN para lograr obtener la localización del niño Dylan, pero todo esfuerzo fue sin resultado
- En el año 2020, la tía materna la señora Cinthya Santos Solano contacta por la red social Facebook al señor Freddy Aquino para comunicarle que su hermana había abandonado al niño con su abuela en la ciudad de Machala, y que era de suma urgencia que venga por el niño ya que sufría constantes maltratos físicos y psicológicos por parte de su abuela

SENTENCIA

La jueza motiva su sentencia en un primer momento citando el interés superior de niño, haciendo referencia al art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, el cual determina que el interés superior del niño está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescente e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento” en consecuencia toda la normativa constitucional y legal debe interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.-

ANALISIS

- En este caso podemos evidenciar en un primer momento que si existen casos en los cuales la tenencia es otorgada al progenitor porque la madre no cumple con lo dispuesto en el Art. 83 numeral 16 de la Constitución del Ecuador el cual señala como responsabilidades, en este caso de los padres, el deber de asistir, alimentar, educar y cuidar a los hijos e hijas; en este caso en concreto la madre no desarrollaba su rol de protectora con su hijo, dejando en evidencia claramente la falta de interés que tenía hacia el niño, cuyas decisiones desembocan en una vulneración directa del aspecto psicológico del niño por el abandono y maltratos del cual fue víctima Dylan.
- La sentencia emitida por la Dra. Jenny Duque fue jurídicamente acertada y respetuosa del marco constitucional y legal vigente en el Ecuador, se observa que el fallo se fundamenta en el principio del interés superior del niño, conforme lo establece el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y se interpreta armónicamente con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, que obliga al Estado y a sus autoridades a garantizar de forma prioritaria los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Adicionalmente, cumple con todos los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para la fijación de tenencia de los niños, niñas o adolescente, entre ellos a criterio de esta investigación el más importante, que es escuchar a los NNA en audiencia reservada, con el fin de conocer por la verdad contada por la parte más vulnerable de este proceso que es el niño Dylan Aquino.
- De igual manera cumple con otro parámetro establecido por la Corte que es recurrir a las oficinas técnicas de la Función Judicial para brindar mayor claridad del parámetro psicológico tanto de los progenitores como de los NNA, en este caso analizado se evidencia el abandono de la madre pero gracias al cuidado y protección brindado por parte del padre el niño muestra un desarrollo normal, es importante siempre que los administradores de justicia recurran a las oficinas técnicas porque de esta manera un experto en materia podrá determinar con mayor claridad el estado psicológico, emocional

y económico de los progenitores para en esta función ver que afectaciones a recibido o como se desarrolla o se desarrollaba el ambiente familiar del cual provenía el NNA

- Por último, esta investigación concuerda con la sentencia emitida en fecha 04 de abril del año 2022 el cual otorga la tenencia del niño Dylan Aquino a su padre el señor Freddy Aquino, quien ha demostrado ser la persona más idónea para precautelar por el bienestar de su hijo, otorgándole a si una vida digna, respetando sus derechos y fomentando un desarrollo integral del niño. De igual forma se considera proporcional e idóneo la decisión de la jueza de ordenar que el niño reciba apoyo terapéutico, psicológico, orientado a restablecer y superar la experiencia vivida con su familia materna, para que le permita más adelante tener una adolescencia estableciendo sanando toda huella de maltrato sufrido en su infancia

2.3.2. Análisis de la aplicación de los Criterios para la fijación de tenencia

CASO 2- N°01204-2022-01601

Actor: Guido Marcelo Quiroz Chaufaelan

Demandado: Sonia Esperanza Bonilla Curillo

Jueza: Dra. Teresa Capón

El actor, señor Guido Quiroz presenta una demanda en contra de la señora Sonia Bonilla, con la pretensión de que se modifique la tenencia de sus hijos Jonathan Steven y Wendy Samantha Quiroz Bonilla de 12 y 8 años de edad respectivamente, una vez admitida la demanda a trámite la demandada comparece a través de su procuración judicial Ab. Miriam Guapisaca, la audiencia única se fija para 19 de junio de 2025.-

Hechos relevantes del caso

Las partes accionantes llegan a un acuerdo conciliatorio para que la tenencia de los hijos permanezca con la madre.

Análisis

En este caso utilizado como fuente estudio para la analizar la aplicación de los criterios determinados por la Corte Constitucional en la sentencia 28-15-IN/21 para la fijación de tenencia de los NNA, las partes procesales llegan a un acuerdo para la tenencia de los niños, los progenitores acuerdan que se queden con la madre, pero la jueza en su decisión debidamente motivada fomenta la corresponsabilidad parental, las relaciones parento filiales, y otorga un espacio para que los niños se desarrollen, convivan y creen lazos con su padre, de esta manera la doctora Teresa Capón indica en su decisión que Jonathan y Wendy

compartirán con su padre durante las vacaciones escolares 2024 -2025 y deberán retornar con su madre una semana antes del inicio escolar, además la juzgadora establece un régimen de visitas cerrado que deberá ser cumplido de manera correcta, el progenitor tendrá derecho a visitar a sus hijos a partir del día viernes de 16h30 al domingo 16h30 de cada semana, teniendo como acuerdo que los niños deberán ser retirados y retornados al hogar materno, todo esto mencionado fomenta como lo reiteramos un apego emocional y psicológico de los niños con el progenitor, porque debemos recordar que la tenencia si bien es cierta se le otorga a unos de los progenitores, el sujeto activo de este derecho son los NNA, ya que son ellos quienes sentirán directamente el resultado de esta decisión judicial, además la jueza está fomentando el interés superior del niño, niña y adolescente debido a que a través de su decisión creando un ambiente sano, y armónico entre los progenitores. De igual forma la Jueza deja una ventana abierta, la cual es idónea para la protección de los niños, plantea la hipotética situación de que los niños en una de sus visitas semanales al padre o en sus vacaciones escolares expresen su deseo de no retornar a su hogar materno, se acuda inmediatamente y se solicite la intervención de la Oficina Técnico de la Unidad Judicial con la finalidad que se realice una valoración psicológica para evaluar las capacidades de los progenitores y el bienestar de los hijos, además deberá realizarse un estudio para evaluar la situación familiar y el entorno social de la niña y el adolescente; esta medida preventiva que deja sentada la juzgadora en su resolución es a criterio de esta investigación muy acertada, debido

a que protege a los hijos de una situación futura, garantiza su bienestar emocional, así como su correcto desarrollo, además entre las líneas de la sentencia deja muy claro que si los niños expresan su deseo de no retornar pero no debe existir influencia por ninguno de los progenitores, si bien es cierto en este proceso no se escuchó a los hijos en audiencia debido a que los padres presentan un relación cordial para que se fije tenencia, se establece que la Oficina Técnica quedará atenta ante cualquier irregularidad en el entorno social o ante el incumplimiento de medidas que garanticen el bienestar de los sujetos a este derecho.

Capítulo III: Comparar con la legislación española los criterios que sirven para la fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes.

Para comparar los criterios establecidos en la Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador con la legislación española en la fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes (NNA), es necesario analizar los principios rectores de ambos sistemas jurídicos, centrándonos en el interés superior del niño, la igualdad de género, la corresponsabilidad parental y la evaluación individualizada de cada caso. La sentencia ecuatoriana, que declara inconstitucionales los numerales 2 y 4, en su parte pertinente, del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), establece un marco basado en

la Constitución de la República del Ecuador (CRE, Art. 11.2, 44, 69.1, 83.16) y tratados internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 12, 18; Convención de Belém do Pará, Art. 4). En España, la regulación de la tenencia se encuentra principalmente en el Código Civil (Art. 90, 92, 94) y en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que también priorizan el interés superior del niño y promueven la igualdad entre progenitores. En Ecuador, la Sentencia No. 28-15-IN/21 elimina la preferencia materna automática en la fijación de la tenencia, considerando que vulnera el principio de igualdad y no discriminación, en la CRE, Art. 11.2: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” ; en el Art. 66.4: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. La Corte Constitucional exige una evaluación caso por caso, priorizando el interés superior de NNA, basándose en la CRE, Art. 44: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes”, considerando la opinión del niño, niña, adolescente según su grado su madurez, considerando también a la Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 12, las condiciones emocionales, económicas y psicológicas de los progenitores, y la protección contra la violencia vicaria según la Convención de Belém do Pará (1995) en su artículo 4. Este enfoque rechaza estereotipos de género que asignan roles tradicionales (madre como cuidadora, padre como proveedor) y promueve la tenencia compartida cuando beneficie al NNA, en línea con la corresponsabilidad parental, así lo destaca la CRE, Art. 83.16: “Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción”. En contraste, la legislación española, en el artículo 92 del Código Civil (2011), establece que la custodia compartida es la opción preferente, siempre que no perjudiquen los intereses de los hijos: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. Esto refleja un enfoque similar al ecuatoriano en cuanto a la igualdad de género, pero con una presunción favorable a la custodia compartida que no existe explícitamente en Ecuador. La legislación española también prioriza el interés superior del NNA, como se establece en la Ley Orgánica 1/1996 (Ley Orgánica 1-1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1996) en el Art. 2: “El interés superior del menor será el principio rector en todas las medidas que les afectan”, alineándose con el criterio ecuatoriano de evaluación individualizada. Sin embargo, en España, los jueces deben considerar un informe del Ministerio Fiscal y, en algunos casos, peritajes psicológicos o sociales para determinar la idoneidad de la custodia compartida. Esto lo describe el Código Civil, Art. 92.8: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos de [acuerdo], el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida”. Este proceso formal contrasta con

Ecuador, donde la Sentencia No. 28 15-IN/21 no especifica la obligatoriedad de informes periciales, pero sí destaca la importancia de los informes técnicos de unidades de familia, siempre que no sean el único factor decisivo, y enfatiza el vínculo afectivo con los progenitores y la familia ampliada. Además, en España, la opinión del menor (término así utilizado en su legislación), es considerada a partir de los 12 años o antes si muestra suficiente madurez Código Civil, Art. 92.6: “El juez oirá a los menores que tengan suficiente juicio”, lo que es comparable al enfoque ecuatoriano basado en la Convención sobre los Derechos del Niño (2006) Art. 12: “Se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial”. Un punto de divergencia es el tratamiento de la violencia de género. En Ecuador, la Sentencia No. 28-15-IN/21 subraya la violencia vicaria como un factor crucial, exigiendo que las decisiones protejan a NNA ya las madres víctimas de violencia, CRE, Art. 66.3: “El derecho a una vida libre de violencia” ; Convención de Belém do Pará, Art. 4). Esto responde al contexto ecuatoriano, donde la violencia intrafamiliar es prevalente (28.5% de solicitudes de asistencia penal en Cuenca en 2019, según la Defensoría Pública. En España, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) en el Art. 1, y el Código Civil (2011) en el artículo Art. 92.7: “No procederá la guarda y custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos”, como se destaca, el artículo prohíbe expresamente la custodia compartida en casos de violencia de género, un criterio más restrictivo que en Ecuador, donde la sentencia no establece una prohibición absoluta, sino que exige evaluar el riesgo caso por caso. Esto refleja una mayor sensibilidad en España hacia la protección de víctimas de violencia, aunque ambos sistemas coinciden en priorizar la seguridad del niño, niña o adolescente. En cuanto a la corresponsabilidad parental, ambos países promueven la participación equitativa de los progenitores. En Ecuador, la CRE, en el artículo 69.1, se destaca: “La madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos” y la sentencia de la Corte Constitucional ha enfatizado que ambos progenitores deben asumir de manera equitativa sus responsabilidades parentales. Si bien la figura de la tenencia compartida no está prevista expresamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de su aplicación en casos específicos, siempre que se justifique en función del interés superior del niño, niña o adolescente y se den las condiciones necesarias para su viabilidad. En España, el artículo 90 del Código Civil (2011) permite a los progenitores acordar un convenio regulador que detalle las responsabilidades parentales, y los jueces favorecen acuerdos que garanticen la implicación de ambos padres, siempre que no perjudiquen al niño o adolescente. Sin embargo, en la práctica española, la custodia compartida ha enfrentado resistencias en

algunos tribunales debido a preocupaciones sobre la estabilidad del NNA, especialmente en casos de alta conflictividad, mientras que, en Ecuador, la sentencia busca superar modelos monoparentales tradicionales, aunque su implementación en Cuenca puede variar debido a barreras culturales y falta de capacitación judicial. Finalmente, un aspecto distintivo es el enfoque hacia la igualdad de género. La sentencia ecuatoriana aborda explícitamente los estereotipos de género, declarando inconstitucional la preferencia materna por perpetuos roles discriminatorios, descrita en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFD, 1981) en los artículos 5 y 16. En España, aunque el Código Civil no menciona explícitamente estereotipos de género, sí refleja un compromiso con la igualdad, al eliminar cualquier preferencia automática por la madre y fomentar la custodia compartida.

Marco Espacial y Temporal La investigación se circunscribe territorialmente al cantón Cuenca, provincia del Azuay, en Ecuador. Esta localidad fue elegida debido a que en ella se analizan los criterios aplicados por jueces de familia en casos concretos de tenencia de niños, niñas y adolescentes, a raíz de la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional. El estudio abarca el periodo comprendido entre el año 2021 y 2024, lapso posterior a la emisión de la sentencia de inconstitucionalidad, lo cual permite analizar su aplicación en casos recientes y actuales. Este marco temporal permite observar el impacto real de la jurisprudencia en la práctica judicial local y su posible evolución.

Marco Legal

El marco legal de la presente investigación se fundamenta en el conjunto de normas constitucionales, legales y tratados internacionales que regulan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como los principios que orientan las decisiones judiciales en materia de tenencia. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Constitución de la República del Ecuador constituye la norma suprema y establece principios rectores como la igualdad, la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño. Estas disposiciones se complementan con normas internas como el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que regula las instituciones de la patria potestad y la tenencia. Asimismo, se incorporan tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, los cuales gozan de jerarquía constitucional y resultan vinculantes para todos los operadores de justicia. Entre estos instrumentos se destacan la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belém do Pará, los cuales refuerzan la necesidad de erradicar estereotipos de género y garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos parentales. Este marco normativo sirve de base para analizar la

aplicación de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21, en el contexto de los casos de tenencia en el cantón Cuenca.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (CRE, pág. 12) Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (CRE, pág. 23) Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos. 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (CRE, pág. 32) Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo

integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (CRE, pág. 35)

Código de la Niñez y Adolescencia (2013)

Art. 105.- Concepto y contenidos. - La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. En la sentencia No. 28-15-IN/21, se hace mención al artículo 106, y las frases de los numerales 2 y 4 que fueron derogadas por inconstitucionalidad, tras la preferencia materna en la patria potestad.

Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente Según la UNICEF (2020) el Interés Superior del NNA, “es un principio jurídico garantista, que potencia el reconocimiento de todos los derechos a favor de todos los niños, niñas y adolescentes y su efectiva vigencia.” (pág. 2). El principio del interés superior del niño es un concepto rector en la legislación de derechos humanos, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por Ecuador. Este principio exige que todas las decisiones que afectan a los niños, niñas y adolescentes prioricen su bienestar y desarrollo integral. La CDN establece en su Artículo 3 que, en todas las acciones concernientes a los niños, ya sean realizadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o órganos legislativos, la consideración primordial será el interés superior del niño. Corresponsabilidad Parental Son un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres al ejercer el cuidado y participación en la crianza de los hijos, sin considerar la situación de estos como pareja; es decir, es referente a la distribución de tareas y responsabilidades que los padres deben de realizar de manera equitativa, y que implica el cuidado de los hijos resultantes de un núcleo familiar (Carvajal & García, 2023). La corresponsabilidad parental implica que ambos progenitores comparten equitativamente los derechos y responsabilidades en la crianza y cuidado de sus hijos. Este principio está estrechamente relacionado con el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que promueve una distribución equitativa de las tareas y responsabilidades parentales, evitando cargas desproporcionadas sobre uno de los progenitores, generalmente la madre.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Ecuador, establece en su Artículo 16 que los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y asegurar la igualdad de

derechos y responsabilidades en la crianza de los hijos. Tratados Internacionales de Derechos Humanos Convención sobre los Derechos del Niño (1990) Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (pág. 10) Artículo 5 Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (pág. 11) Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (pág. 14) 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. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas. (pág. 16) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en

esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (pág. 2) Artículo 17. Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados partes deben tomar medidas derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. (pág. 7) Artículo 24 igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (pág. 9)

3.1 Entrevistas a especialistas del derecho sobre la aplicación o no de los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia 28-15-IN/21 sobre la fijación de tenencia de los niños, niñas y adolescentes

• Entrevista al Doctor Henry Fabian Pintado

1. Como abogado de libre ejercicio ¿cuál sería su definición de tenencia? únicamente Es un derecho que tiene le padres o la madre para el cuidado y protección de niño, y los asistentes a los progenitores.
2. Considera usted que los jueces del cantón Cuenca ¿sí aplican los criterios de la Corte para fijar tenencia? Algunos jueces sí y otros no por aspectos de índole social, hay jueces que todavía tiene esa concepción tradicionalista que dice que madre es madre, pero todavía hay jueces que se dejan influenciar por esa cultura no jurídica. Pero hay jueces prácticos que tienen una concepción moderna sobre el derecho a la familia y equiparan el aspecto psicológico como primordial.
3. ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores antes de fijar tenencia?

Sí es necesariamente indispensable porque de esta manera se equipará con el derecho a ser escuchados de los niños, para que no exista una manipulación por parte de los progenitores y siempre se precautele el interés superior del niño, niña y adolescente.

4. 4. ¿Considera usted que es importante que siempre se aplique el derecho de ser escuchados de los niños, niñas y adolescentes? No solo se deben escuchar a los menores sino también deben ser sujetos de una pericia psicológica porque estos NNA pueden ser manipulados, y el juez debe conocer la verdad del entorno social que va a rodear al menor.

Entrevista al Doctora Ana Lucia Lazo

1. Como abogado de libre ejercicio ¿cuál sería su definición de tenencia? La tenencia es la posibilidad de que los progenitores ostenten el cuidado y protección de sus hijos.
2. Considera usted que los jueces del cantón Cuenca ¿si aplican los criterios de la Corte para fijar tenencia? Si, incluso antes de la misma sentencia 28-15-IN/21 los jueces si aplicaban los criterios.
3. ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores antes de fijar tenencia? Sí en mi punto de vista, es indispensable que se realicen estos peritajes porque de esta manera el juzgador contrasta la realidad los progenitores y además dichos informes dan luces para que el juez tome una decisión motivada
4. ¿Considera usted que es importante el análisis económico del progenitor para otorgarle la tenencia de los niños, niñas, adolescentes?

No, debido a que el aspecto económico no garantiza que se vaya a otorgar un ambiente estable al menor, además si existe un análisis económico desfavorable se puede ayudar con una pensión alimenticia, además siempre en todos los casos debe primar el interés superior del niño, niña y adolescente.

3.2 Conclusiones

Después de realizar un análisis jurídico y constitucional entorno a la sentencia No 28 15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador y su aplicación en los casos de fijación de tenencia en el cantón Cuenca, se presentan las siguientes conclusiones derivadas del cumplimiento de los objetivos propuestos, así como del análisis de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales que sustenta la necesidad de una aplicación efectiva, uniforme y de garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Tras el cumplimiento del objetivo específico uno, destinado a analizar los fundamentos que utilizó la corte constitucional para declarar la inconstitucionalidad del art 106 numeral 2 y 4. Se concluye que la declaración de la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA por parte de la Corte Constitucional está fundamentado en una vulneración evidente de los principios de igualdad, no discriminación y corresponsabilidad parental; dejando en evidencia que lo que establecían

dichos numerales, en el que la tenencia estaba a favor de la madre, constituía un estereotipo de género contrario al marco constitucional e internacional de derechos humanos. Por otro lado, el objetivo específico dos destinado a analizar los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia No. 28-15-IN/21 identificando los fundamentos jurídicos y constitucionales que los sustentan en los casos de fijación de tenencia de niños, niñas y adolescentes. Se determina que los criterios jurisprudenciales establecidos promueven un enfoque integral y garantistas de los derechos establecidos en la ley, priorizando el interés superior del niño, eliminando la preferencia de madre de manera automática y fomentando la evaluación de cada uno de los casos particularmente, considerando la opinión del niño, niña o adolescente, los vínculos afectivos, como elementos comunes relevantes que determinan la tenencia. Por su parte, tras el cumplimiento del objetivo tres, orientado en evaluar la idoneidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales basadas en los criterios jurisprudenciales, a través del estudio de casos específicos del cantón Cuenca, para determinar cómo los jueces han implementado este criterio en la resolución de controversias relacionadas con niños, niñas y adolescentes. Se determina que los criterios jurisprudenciales de los jueces han sido aplicados en el cantón Cuenca, y que si bien, existen decisiones judiciales que evidencian avances que buscan la incorporación de los parámetros nuevos, las prácticas aún persisten, siendo influenciadas por roles de géneros tradicionales, omisiones en la valoración del testimonio del NNA y a una insuficiencia en la argumentación jurídica en base al principio de idoneidad y proporcionalidad. En la presente investigación se analizaron dos casos muy concretos referentes directamente a la fijación de tenencia, y se puso evidenciar que si bien los jueces no citan como tal la sentencia 28-15-IN/21 en su fundamento para la motivación de la sentencia, los jueces si tienen en consideración los parámetros de análisis para cada caso en concreto para la fijación de tenencia, los administradores de justicia buscan siempre la intervención de la oficina Técnica del Consejo de la Judicatura para generar un panorama claro de los ámbitos sociales y psicológicos de los progenitores, además en el caso número uno analizado escuchan en audiencia reservada al niño para escuchar de primera mano la información y así garantizar el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente Por último, al comparar con la legislación española los criterios que sirven para la fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes, se evidencia que en el país español existe una normativa más desarrollada a lo que respecta la custodia compartida y la aplicabilidad judicial. Mientras que, en Ecuador, si bien hay avances jurisprudenciales, aun o se cuenta con una regulación legal que explícitamente garante la implementación homogénea de los principios de corresponsabilidad parental, traduciéndose en inseguridad jurídica y desigualdad en la práctica judicial.

3.3 Recomendaciones

El Consejo de la Judicatura, en coordinación con la Corte Constitucional, debe establecer lineamientos técnicos vinculantes y protocolos de actuación para los jueces de familia, a fin de asegurar la aplicación efectiva de los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia No. 28-15-IN/21. Es necesario incorporar en el CONA los principios establecidos por la Corte Constitucional sobre igualdad de género, evaluación individualizada y corresponsabilidad parental, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a jueces, partes procesales y operadores del sistema de protección integral. Se debe fortalecer la formación de jueces, defensores públicos y peritos en materia de derechos de la niñez, con especial énfasis en los principios constitucionales, los estándares internacionales, el enfoque de género, el principio de interés superior del niño y el tratamiento de la violencia vicaria. Se recomienda evaluar la viabilidad de una reforma normativa que, siguiendo el modelo español, establezca criterios claros sobre la tenencia compartida como opción preferente cuando sea beneficiosa para el niño, niña o adolescente, así como un procedimiento sistematizado para su aplicación, incluyendo la valoración psicosocial, el informe del Ministerio Fiscal (o su equivalente) y la participación activa de los NNA.

Referencias

- Aguilar, M., Quinde, E., & García. (2025). Análisis del procedimiento jurídico para determinar la tenencia del niño, niña o adolescente a partir de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional. *Digital Publisher*, 140-149.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Asamblea General de La Organización de Estados Americanos. (1995). *Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer*. Belén do Para Brasil: OEA.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1981). *Convención sobre Eliminación de Toda Discriminación Contra la Mujer*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas.
- Briones, D. (2025). *Guía de jurisprudencia constitucional. Acción de protección*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Carvajal, M., & García, E. (2023). La corresponsabilidad parental en los procesos de fijación de tenencia. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, IV(2), 2417-2427.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Congreso Nacional.
- Congreso Nacional. (2013). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Congreso Nacional.
- Consejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cuenca. (2023). *Informe de Rendición de Cuentas*. Cuenca: Consejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cuenca.
- Defensoría del Pueblo. (2019). *El derecho a la igualdad y no discriminación de las*

personas en movilidad humana. Soporte teórico. Quito: Defensoría del Pueblo.

Ecuador, Congreso Nacional. (2003). *Código Organico de la Niñez y Adolescencia.* Quito: Registro Oficial Suplemento No. 737 el 3 de enero de 2003.

Espín, I. (2019). Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 65-86.

Jiménez, M. (2021). *Derecho de familia.* Madrid: Civitas.

(1996). *Ley Orgánica 1-1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Madrid.

(2004). *Ley Orgánica 1-2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.* España: Jefatura del Estado.

Macas, R., & Calva, Y. (2022). Violencia vicaria en el contexto de las relaciones de familia. *Iustitia Socialis*, VII(2), 1031-1041.

Martínez, P. (2021). La idoneidad de la técnica procesal: una relectura de la tutela jurisdiccional efectiva. *Revista de Derecho (Concepción)*, 89(250).

Ministerio de Justicia. (2011). *Código Civil Español.* Madrid: Ministerio de Justicia.

Naciones Unidas. (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño.* Naciones Unidas.

OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* San José, Costa Rica: OEA.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* New York: ONU.

Ortiz, D. (2020). *Derecho de familia.* Buenos Aires: Ediciones jurídicas.

Pulido, B. (2010). La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 045-2004-PI/TC. En

M. Carbonell, & P. Grádez, *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

Ramos, V. (2021). *Principio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad en el delito de cliente del adolescente, Chiclayo 2019*. Pimentel: Universidad Señor de Sipán.

Rogel, C. (2021). *Derecho de familia*. Madrid: Reus.

Rosales, K. (2020). *El principio de proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Suquilanda, M. (2024). *Patria potestad de niños, niñas y adolescentes según el artículo 106.6 del CONA: preferencia a la madre y omisión al principio de interés superior del niño*. Cuanca: UCuenca.

Torres, A. (2022). *La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y su incidencia en los derechos de los menores*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.

UNICEF. (2006). *Convención sobre los derechos del niño*. UNICEF.

UNICEF. (2020). *Interés Superior del Niño*. Quito: Asamblea Nacional, UNICEF

Anexos Anexo A.

Carta de Consentimiento.

Cuenca, junio del 2025.

A quien Corresponda.

Yo, **ANDREA PATRICIA CHALCO MIRANDA**, estudiante de la carrera de Derecho de la universidad de Cuenca., me encuentro desarrollando mi tesis de grado titulada: **"Análisis de los criterios desarrollados en la sentencia No. 28-15-IN/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del CONA y su aplicación en los casos de fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes por parte de los jueces del cantón Cuenca"**, cuyo objetivo es comprender y analizar si los jueces del cantón Cuenca aplican los criterios que estableció la corte para fijación de tenencia de los niños, niñas y adolescente-.

Con este propósito, me permito solicitar su colaboración voluntaria para participar en una entrevista semiestructurada que se realizará de manera presencial/virtual. La información recolectada será utilizada exclusivamente con fines académicos y científicos, y se garantizará en todo momento la confidencialidad de su identidad y opiniones.

Al participar en esta entrevista, usted manifiesta comprender y aceptar lo siguiente:

1. Su participación es completamente voluntaria y puede retirarse en cualquier momento sin ninguna consecuencia.
2. Los datos recolectados serán tratados con estricta confidencialidad y utilizados únicamente para los fines de esta investigación.
3. Su nombre y cualquier dato que permita identificarlo/a serán anonimizados en el trabajo final.
4. Esta investigación cuenta con la aprobación del tutor académico y se rige por los principios éticos de investigación en ciencias sociales.

Consentimiento:

Yo, Ana Lucía Lazo Niet.....he leído y comprendido la información anterior, y doy mi consentimiento libre e informado para participar en esta entrevista en calidad de [juez/fiscal], como parte de la investigación de tesis mencionada.

Firma. 
Dra. Ana Lucía Lazo N.
Mat. 01-2000-7
Foro de Abogados del Azuay
Telf.: 0983732735



Anexo B

Carta de Consentimiento.

Cuenca, junio del 2025.

A quien Corresponda.

Yo, **ANDREA PATRICIA CHALCO MIRANDA**, estudiante de la carrera de Derecho de la universidad de Cuenca., me encuentro desarrollando mi tesis de grado titulada: **"Análisis de los criterios desarrollados en la sentencia No. 28-15-IN/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del CONA y su aplicación en los casos de fijación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes por parte de los jueces del cantón Cuenca"**, cuyo objetivo es comprender y a analizar si los jueces del cantón Cuenca aplican los criterios que estableció la corte para fijación de tenencia de los niños, niñas y adolescente-.

Con este propósito, me permito solicitar su colaboración voluntaria para participar en una entrevista semiestructurada que se realizará de manera presencial/virtual. La información recolectada será utilizada exclusivamente con fines académicos y científicos, y se garantizará en todo momento la confidencialidad de su identidad y opiniones.


Al participar en esta entrevista, usted manifiesta comprender y aceptar lo siguiente:

1. Su participación es completamente voluntaria y puede retirarse en cualquier momento sin ninguna consecuencia.
2. Los datos recolectados serán tratados con estricta confidencialidad y utilizados únicamente para los fines de esta investigación.
3. Su nombre y cualquier dato que permita identificarlo/a serán anonimizados en el trabajo final.
4. Esta investigación cuenta con la aprobación del tutor académico y se rige por los principios éticos de investigación en ciencias sociales.

Consentimiento:

Yo, Henry Fabian Pintado.....he leído y comprendido la información anterior, y doy mi consentimiento libre e informado para participar en esta entrevista en calidad de [juez/fiscal], como parte de la investigación de tesis mencionada.

Firma.


Dr. Henry Pintado Lazo
ABOGADO
Mat. 2008 C. A. A.



