



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO**

La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño, en Derecho Comparado

Trabajo de Titulación para optar al título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

Autora:

Arias Donato, Xiomara Alejandra

Tutor:

Dr. Rafael Arturo Yépez Zambrano

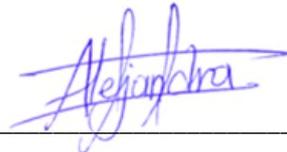
Riobamba, Ecuador. 2022

DERECHOS DE AUTORÍA

Yo, Xiomara Alejandra Arias Donato, con cédula de ciudadanía 1804462628, autora del trabajo de investigación titulado: **“La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño, en Derecho Comparado”**, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas son de mí exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mi entera responsabilidad; librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, 18 de noviembre de 2022.



Xiomara Alejandra Arias Donato
C.I.: 1804462628
AUTORA

DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DE TRIBUNAL

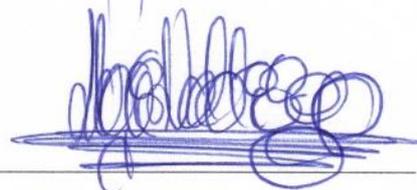
Quienes suscribimos, catedráticos designados Tutor y Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación “La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño, en Derecho Comparado”, presentado por Xiomara Alejandra Arias Donato, con cédula de identidad número 1804462628, certificamos que recomendamos la APROBACIÓN de este con fines de titulación. Previamente se ha asesorado durante el desarrollo, revisado y evaluado el trabajo de investigación escrito y escuchada la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba, 18 de noviembre de 2022.

Dr. José Orlando Granizo Castillo
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE GRADO



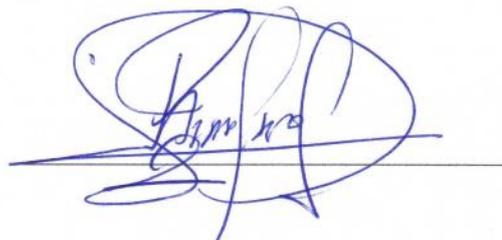
Alex Fabricio Lluquin Valdiviezo
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO



Mgs. Hugo Patricio Hidalgo Morales
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO



Dr. Rafael Yépez Zambrano
TUTOR



DEDICATORIA

Este proyecto de investigación se lo dedico a:

Mi mamá Maggy por acompañarme y alentarme a enfrentar cada reto que se ha presentado con valentía, honestidad, responsabilidad y compromiso.

Mi papá Ermel por enseñarme a vivir con bondad y entregar mi corazón a cada meta que me propongo.

Mi hermano Jorge por ser parte esencial de mi vida, mi compañero de aventuras desde que tengo memoria.

Ustedes han hecho su mayor esfuerzo, me han apoyado en mi educación y formación, primero como ser humano, finalmente como profesional.

Ale Arias Donato.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por guiarme en este camino, quienes no dejaron de creer en mí, me brindaron apoyo y ánimos en el transcurso de cada semestre.

A mis queridos amigos, les agradezco el tiempo, anécdotas, risas, llantos y abrazos durante la etapa universitaria.

A mis docentes y tutor de la Universidad Nacional de Chimborazo por compartir sus conocimientos y motivarme a estudiar esta hermosa carrera.

Son parte de este logro cumplido.

Mil gracias.

Ale Arias Donato.

ÍNDICE GENERAL

DERECHOS DE AUTORÍA	
DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DE TRIBUNAL	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL	
ÍNDICE DE TABLAS	
ÍNDICE DE FIGURAS	
RESUMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I.....	12
INTRODUCCIÓN.....	12
1.1 Planteamiento del Problema	13
1.2 Justificación	14
1.3 Objetivos.....	14
1.3.1 Objetivo General	14
1.3.2 Objetivos Específicos.....	14
CAPÍTULO II.....	15
MARCO TEÓRICO	15
2.1 Estado del Arte.....	15
2.2 Aspectos Teóricos.....	18
2.2.1 UNIDAD I: LA PATRIA POTESTAD Y SUS REGLAS.....	18
2.2.1.1 Definición y características de la patria potestad	18
2.2.1.2 Antecedentes históricos	20
2.2.1.3 Derechos y principios constitucionales relacionados con la patria potestad .	21
2.2.1.4 La patria potestad en el Derecho Comparado.....	24
2.2.2 UNIDAD II: PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	30
2.2.2.1 Definición y generalidades del interés superior del niño	30
2.2.2.2 Proceso judicial de adopción de decisiones que afecten a NNA.....	30
2.2.2.3 Elementos esenciales para determinar el Interés Superior del Niño	32
2.2.2.4 El interés superior del niño en el Derecho Comparado	33
2.2.3 UNIDAD III: EFECTOS JURÍDICOS EN LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL OTORGAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD	36
2.2.3.1 Interés superior del niño y la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad en Derecho Comparado.....	36

2.2.3.2 Posibles vulneraciones a los derechos del niño por la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad	38
2.2.3.3 Posibles vulneraciones a derechos y principios constitucionales por la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad	40
2.3 Hipótesis	43
CAPÍTULO III.	44
METODOLOGÍA.....	44
3.1 Unidad de análisis	44
3.2 Métodos	44
3.3 Enfoque de la Investigación.....	45
3.4 Tipo de Investigación.....	45
3.5 Diseño de Investigación.....	45
3.6 Población y muestra.....	45
3.7 Técnicas e instrumentos de investigación.....	46
3.8 Técnicas para el tratamiento de información	46
3.9 Comprobación de hipótesis.....	47
CAPÍTULO IV.	48
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	48
4.1 Resultados y Discusión.....	48
CAPÍTULO V.	54
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	54
5.1 Conclusiones.....	54
5.2 Recomendaciones	55
BIBLIOGRAFÍA	56
LEGISLACIÓN.....	58
ANEXOS	59

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1: Población	45
TABLA 2: Comprobación de hipótesis	47
TABLA 3: Pregunta No. 1	48
TABLA 4: Pregunta No. 2	49
TABLA 5: Pregunta No. 3	50
TABLA 6: Pregunta No. 4	51
TABLA 7: Pregunta No. 5	52
TABLA 8: Pregunta No. 6	53

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1: Pregunta No. 1	48
FIGURA 2: Pregunta No. 2	49
FIGURA 3: Pregunta No. 3	50
FIGURA 4: Pregunta No. 4	51
FIGURA 5: Pregunta No. 5	52
FIGURA 6: Pregunta No. 6	53

RESUMEN

La patria potestad es una institución del Derecho de Familia que regula los derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres para ejercerlo sobre sus hijos y sus bienes; desde el año 2003 la legislación ecuatoriana mantenía una preferencia en favor de la madre, aun en los casos en que ambos progenitores presenten iguales condiciones para que se les otorgue su ejercicio, norma que fue declarada inconstitucional en noviembre de 2021 presentando el problema de los posibles efectos jurídicos en los menores, así como posibles vulneraciones a derechos y principios como el derecho al desarrollo integral, preservación del entorno familiar, a la opinión, identidad, integridad física y psíquica, principio de corresponsabilidad parental, interés superior del niño, igualdad y no discriminación. Por lo tanto, el presente trabajo de investigación se realizó con el objetivo de determinar si la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad incide en el interés superior del niño a través de un análisis jurídico doctrinal y comparado. La investigación es de tipo básica, documental-bibliográfica, de campo, analítica y descriptiva, de diseño no experimental; para la recopilación de información se utilizó la encuesta a través de un cuestionario que ha permitido conocer varios criterios jurídicos acerca del progenitor idóneo para ejercer la patria potestad del menor de edad no emancipado. Al finalizar la investigación se llegó a la conclusión de que la no preferencia materna en las reglas para otorgar la patria potestad incide en el interés superior del niño debido a que en virtud de este principio se atribuyen las facultades, derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos menores no emancipados.

Palabras claves: Patria potestad, preferencia a la madre, corresponsabilidad parental, derecho a la opinión, interés superior del niño, derecho a la igualdad, derecho de no discriminación.

ABSTRACT

Parental authority is an institution of Family Law that regulates the rights and obligations that the law recognizes their child's custody, over their children and property; since 2003, Ecuadorian legislation maintained a preference in favor of the mother, even in cases where both parents have equal conditions for their duty, a norm that was declared unconstitutional in November 2021 facing the problem of possible legal issues under the age of 18, as well as possible human rights harm and principles such as the right to integral development, preservation of the familiar conditions, thinking, identity, physical and mental integrity, principle of parental co-responsibility, best interests of the child, equality and non-discrimination. Therefore, the aim of the present research work is to be carried out to determine whether there is no parental favoritism for the mother in the granting of parental authority, impacting the best interests of the child through a doctrinal and comparative legal analysis. This is a basic research, documentary-bibliographic, field, analytical and descriptive type, of non-experimental design; for the collecting of information, the survey applied was a questionnaire design, that allows to know several legal criteria about the child's custody to exercise parental authority of the unemancipated minor. At the end of the research, it was concluded that the allocation in the rules for granting parental authority affects the best interests of the child because this principle confers the powers, rights, and obligations that the law recognizes on parents over their unemancipated minor children.

Keywords: Parental authority, preference to the mother, parental co-responsibility, right to opinion, best interests of child, rights equality and non-discrimination policy.

DORIS
ELIZABETH
VALLE VINUEZA



Firmado digitalmente por
DORIS ELIZABETH VALLE
VINUEZA
Fecha: 2022.10.21 09:23:34
-05'00'

Reviewed by: Mgs. Doris Valle V.

ENGLISH PROFESSOR

c.c 0602019697

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES

La Constitución de la República del Ecuador atiende a las normas de Derecho Internacional al reconocer expresamente la prevalencia del interés superior del niño para asegurar la efectiva realización de sus derechos. El principio de interés superior del niño, recogido en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, debe consolidarse en todas las actuaciones jurisdiccionales de manera rigurosa y responsable, siendo de aplicación directa ante los tribunales. Este cuerpo legal ha sido reformado en diversas ocasiones para adaptar su normativa al marco constitucional e internacional.

A su vez, la patria potestad no se ejerce libremente, porque no es un derecho del que se pueda disponer, caracterizándose por ser irrenunciable e intransmisible. En virtud de la patria potestad, los progenitores ejercen facultades y adquieren deberes, entre ellos el alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, garantizarles educación, administrar sus bienes y ser sus representantes legales. Es por ello que, para confiar el ejercicio de la patria potestad, en la ley se establecen reglas que el juez debe observar para tomar su decisión.

La patria potestad ha tenido una serie de reformas en cuanto a su ejercicio. El Código de Menores publicado en 1969, reformado en 1976 y 1992 comprendía que la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre que viven juntos respecto de los hijos comunes del matrimonio o unión de hecho, y en caso de divorcio lo ejercerá el progenitor que la autoridad competente decida sin que exista una preferencia hacia un progenitor por razón del sexo. Es hasta el año 2003 con la publicación del Código de la Niñez y Adolescencia que se incorpora la preferencia materna que fue declarado inconstitucional en el año 2021.

Las reformas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano pueden generar efectos jurídicos en los menores no emancipados a quienes se les debe garantizar su interés superior. Los procesos en que una decisión judicial afecte a un niño deben partir desde sus derechos tomando en cuenta el trasfondo histórico y situación actual de la violencia de género e intrafamiliar, esta situación se busca investigar con el objetivo de determinar si la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad incide en el interés superior del niño a través de un análisis jurídico, doctrinario y comparado; contenida en tres unidades: La patria potestad y sus reglas; Principio de interés superior del niño; y, Efectos jurídicos en los derechos del niño.

1.1 Planteamiento del Problema

En el Ecuador se garantiza el derecho a la igualdad relacionado con el principio de corresponsabilidad parental, es decir, que tanto la madre como el padre gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades; y están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos. Los padres de familia ejercen la patria potestad para garantizar el efectivo goce de todos los derechos de los menores que no pueden ejercerlos por sí solos.

Para regular el ejercicio de la patria potestad, el legislador ha redactado reglas para confiar su ejercicio en el Código de la Niñez y Adolescencia (2022), artículo 106 mencionaba que, en caso de no existir un acuerdo entre los padres, o el acuerdo no es favorable al interés superior del niño, la madre ejercerá la patria potestad de los hijos menores de doce años, no se evaluaba cada caso, sino que existía una preasignación en favor de la madre. A su vez, constaba dicha preferencia cuando ambos progenitores justificaban iguales condiciones.

Esta situación jurídica cambia en noviembre de 2021 cuando la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 28-15-IN/21, declara inconstitucional el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, interés superior de NNA y corresponsabilidad parental, estableció parámetros para que los juzgadores evalúen caso por caso el encargo de la tenencia de niños, niñas y adolescentes que se basa en las reglas para otorgar la patria potestad.

La preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad se fundamenta en el Derecho Natural, considerándola como la persona ideal para el cuidado del menor. No obstante, la realidad actual ha evolucionado para garantizar al niño una mayor protección en función de su interés superior. Con esta preferencia, el padre se encontraba en la posición de desnaturalizar a la madre, es decir, de demostrar que no ejerce su rol natural de cuidadora en lugar de que el juez tome en cuenta qué progenitor se encuentra emocionalmente disponible, sea apto e idóneo de proveer todo lo necesario al menor, independientemente del sexo.

Los posibles efectos jurídicos de la no preferencia a la madre en los derechos del menor de edad serán analizados en la presente investigación. Existe un trasfondo histórico sobre la discriminación contra la mujer a quien se le ha impuesto el rol de cuidadora y, en su momento, se determinó la preferencia materna como un medio para garantizar la autonomía de la mujer, con la visión de proteger a la mujer de violencia física, psicológica, doméstica, económica, tanto patrimonial como vicaria de sus parejas.

1.2 Justificación

Considerando que el Derecho se encuentra en constante transformación, es de suma importancia realizar un análisis con un enfoque jurídico, doctrinario y además comparado acerca de la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad, debido a que es relevante considerar que expulsar del ordenamiento jurídico los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia no modifica la realidad social y podría acarrear un mayor temor por parte de mujeres a denunciar violencia o demandar alimentos ante una posible amenaza de su pareja de pedir tanto la patria potestad como la tenencia.

Un análisis comparativo de la legislación latinoamericana permitiría una visión más amplia de los efectos jurídicos, tanto positivos como negativos, de la no preferencia materna. La patria potestad puede ejercerse de manera conjunta, y al momento de otorgarlo un juez se observan varios criterios que, de acuerdo a cada país, se relacionan o no con el cuidado holístico de los menores para salvaguardar su interés superior.

El presente proyecto de investigación está destinado a analizar la figura de la patria potestad respecto de la no preferencia materna y su incidencia en el principio de interés superior del niño. A su vez, considerando la constante transformación del Derecho, es relevante la realización de trabajos investigativos relacionados al ejercicio de derechos y deberes de los padres sobre los menores no emancipados que aporten a la evolución del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

- Determinar a través de un análisis jurídico, doctrinario y comparado si la no preferencia materna en las reglas para otorgar la patria potestad incide en el interés superior del niño.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y comparado de la no preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad.
- Establecer la importancia del principio de interés superior del niño en las reglas para otorgar la patria potestad.
- Determinar posibles vulneraciones a derechos y principios constitucionales con la eliminación de la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad.

CAPÍTULO II.

MARCO TEÓRICO

2.1 Estado del Arte

Posterior a una revisión de materiales jurídicos, bibliográficos e investigativos de varios autores relacionados con el tema del presente proyecto de investigación titulado “La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la Patria Potestad y el Interés Superior del Niño, en Derecho Comparado”, se ha establecido lo siguiente:

En la Revista de derecho (Coquimbo), en el año 2013, Marcela Acuña San Martín, presenta un artículo titulado: “EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL” (Acuña, 2013) e indica que:

Aunque pueda pensarse que el tema de la no preferencia materna en relación con el principio de corresponsabilidad parental es reciente, los tratados internacionales han sido parte del cambio al incursionarse en materias familiares. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que tanto el hombre como la mujer gozan de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de su disolución. De igual forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refieren a la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo donde se deben adoptar disposiciones que aseguren la protección de los hijos. (Acuña, 2013)

En la Revista de derecho (Valdivia), en el año 2015, Marcela Acuña San Martín, presenta un artículo titulado: “CAMBIOS EN LA PATRIA POTESTAD Y EN ESPECIAL DE SU EJERCICIO CONJUNTO” (Acuña, 2015, p. 62) e indica que:

Mientras los padres mantienen una vida en conjunto se produce, por vía legal, una total simultaneidad en el compartir responsabilidades y deberes paterno-filiales; el legislador se inclina a modelos de ejercicio compartido de deberes y responsabilidades, comprendiendo que ambos padres se encuentran igualmente habilitados para el cuidado y ejercicio de la patria potestad; por ello, si no han acordado nada los progenitores, ambos deben asumir dichos deberes. (Acuña, 2015, p. 62)

En la Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos (Revista Universidad y Sociedad), en el año 2022, Rodríguez Salcedo Eliana, Cáceres Sánchez Nelly, Agudo Durán Jacqueline, Mesías Vinana Jenniffer y Villafuerte Maisa Alex, presentan un artículo titulado “PATRIA POTESTAD Y CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UN ACERCAMIENTO A LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL ECUADOR” (Rodríguez, Cáceres, Agudo, Mesías, & Villafuerte, 2022, p. 205) señalan que:

Es necesario una evaluación de los progenitores para garantizar una efectiva aplicación de la patria potestad y, a la vez, asegurarse mantengan la madures psicológica y estabilidad emocional suficiente. Sin embargo, 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. Por ningún motivo después de una evaluación precisa a los progenitores, el juez seguirá insistiendo en la “madre”. (Rodríguez, Cáceres, Agudo, Mesías, & Villafuerte, 2022, p. 205)

En la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en el año 2017, José Luis Heredia Cepeda, presenta como trabajo previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República, la tesis titulada: "LA PREFERENCIA DE LA MADRE EN LA CUSTODIA LOS HIJOS, VULNERA EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR" (Heredia, 2017, p. 8) indica que:

El derecho constitucional de corresponsabilidad parental no se llega a cumplir en el Ecuador y se vulnera de manera permanente, porque la determinación por parte de los jueces podría considerarse como sesgada, al momento que beneficia a la madre. En la práctica aún prevalece el favoritismo hacia la madre, pero si el padre quiere obtener la tenencia debe demandar a la madre del menor, argumentando que el derecho del niño corre riesgo. (Heredia, 2017, p. 8)

En la Revista Científica Polo del Conocimiento, en el año 2020, Cabrera Francisco y Cedillo William, presentan un artículo titulado "VULNERACIÓN EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TENENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD" (Cabrera & Cedillo, 2020, p. 1130) señalan que:

La normativa vigente permite evidenciar que las reglas establecidas para determinar la patria potestad de los menores trasgreden el derecho de igualdad mediante la tenencia unilateral, es decir, favoreciendo la preferencia a la madre, y excluyendo al padre lo que genera un conflicto en el desarrollo de los hijos e hijas. (Cabrera & Cedillo, 2020, p. 1130)

En la Universidad Santo Tomás, en el año 2019, Soraya Marcela Rangel Guerra, presenta como trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogada, la tesis titulada: "LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA" (Rangel, 2019, p. 86) concluye que:

Un enfoque novedoso para la legislación colombiana, pero revolucionario y futurista principalmente influenciado por la legislación española, Puerto Rico y otras tales como Bélgica, Francia e Inglaterra, pues contemplan la custodia compartida como mecanismo garantista de la protección de los derechos de los menores en aras de su desarrollo pleno, garantizar una vida tranquila, un ambiente sano, libre de agresiones psicológicas, físicas y emocionales, cuidado y amor. Por ello, la custodia compartida es un sistema de alternancia que se presenta tras la separación o divorcio de las parejas, modalidad legal que actualmente no se encuentra regulada en el ordenamiento colombiano pero que tiene como naturaleza la protección del menor, garantizándole su bienestar. (Rangel, 2019, p. 86)

En la Universidad Andina Simón Bolívar, en el año 2016, Salim Marcelo Zaidán Albuja, presenta como Tesis de Maestría, el trabajo titulado: "EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE CUIDADO DE LOS HIJOS: NORMATIVA" (Zaidán, 2016, p. 65) concluye que:

En el Derecho comparado es posible encontrar referentes importantes en el ámbito legislativo y jurisprudencial sobre la corresponsabilidad parental y la custodia compartida para viabilizar su aplicación, aunque no exista acuerdo entre los padres. Estos referentes podrían servir para reformular nuestro Derecho de niñez en materia de tenencia y visitas de los hijos. La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sido enfática al recordar que la separación de los padres, no los exime de sus obligaciones con sus hijos. (Zaidán, 2016, p. 65)

En la Revista de derecho (Coquimbo), en el año 2013, Rodrigo Barcia Lehmann, presenta un artículo titulado: "FACULTADES Y DERECHOS COMPARTIDOS RESPECTO DE

LOS HIJOS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COMPARADO” (Barcia, 2013, p.21)
e indica que:

Los ordenamientos jurídicos han ido evolucionando, desde sistemas que asignaban facultades y derechos de forma exclusiva a uno de los padres, a sistemas que establecen como regla general facultades y derechos compartidos conforme al interés superior del niño. Ello ha llevado a expulsar de los diferentes sistemas jurídicos la regla de la preferencia materna y a establecer mecanismos en un plano de igualdad, que les permitan a los padres, a pesar de su separación, participar activamente en el desarrollo de sus hijos. (Barcia, 2013, p. 21)

2.2 Aspectos Teóricos

2.2.1 UNIDAD I: LA PATRIA POTESTAD Y SUS REGLAS

2.2.1.1 Definición y características de la patria potestad

Definición

La patria potestad, figura jurídica del Derecho de Familia, “consiste en la regulación jurídica acerca de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil sobre los hijos y sus bienes” (Pérez, 2010, p. 151). Constituye el ejercicio de derechos y deberes que el Estado les reconoce a los padres sobre sus hijos menores no emancipados cuya finalidad es brindar protección, cuidado respecto de la crianza, educación, salud y demás derechos, así como sobre sus bienes debido a que son personas incapaces absolutas, hasta los doce años, e incapaces relativos los adolescentes, para ejecutar ciertos actos y contratos.

Debido a que los menores de edad no gozan de capacidad jurídica, es decir, de aquella aptitud jurídica de ser sujetos de deberes y ejercer derechos, así como de hacerlos valer ante la ley, los padres tienen el deber de velar porque sus hijos tengan un desarrollo integral. Por consiguiente, el padre o madre que ejerza la patria potestad es el representante legal del menor conforme el artículo 28 del Código Civil, cuerpo legal que define a la patria potestad como “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Código Civil, 2022, art. 283).

Si bien el cuerpo legal antes citado define a la patria potestad como el conjunto de derechos, en doctrina y autores como el ya citado establecen que también se trata de deberes. Esta concepción la recoge el Código de la Niñez y Adolescencia y añade que dicho conjunto de derechos y obligaciones se refiere al “cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, art. 105).

Para Domínguez (2008) señala que es una institución de lo familiar que regula los derechos de los ascendientes que tienen respecto de la persona y de los bienes de sus descendientes menores de edad. A su vez, Galindo (2009) establece que es una institución con la finalidad de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos en el matrimonio, habidos fuera de él o hijos adoptivos, lo ejerce el o los progenitores.

Acuña (2015) menciona que la patria potestad funciona desde dos ámbitos, el personal y el patrimonial, es decir, sobre la persona y los bienes de los hijos con quienes se comparte una relación paterno filial, consistiendo en un sistema de protección, cuidado, educación, asistencia física y moral, se trata de una función social al servicio del hijo. La autora concibe a esta institución jurídica como una potestad, más no como un derecho subjetivo de los padres, es decir, se trata de una facultad, capacidad o poder que reconoce el Estado para el cuidado físico y moral de los hijos, es decir, el primer ámbito que busca garantizar el derecho

a un desarrollo integral del niño, niña o adolescente, así como la representación y administración de sus bienes, segundo ámbito.

Se hace referencia a esta potestad sobre los menores no emancipados debido a que, por ejemplo, en caso de fallecimiento del o los padres que ejercen la patria potestad, el hijo queda emancipado por cuanto solo corresponde a los padres, más no se extiende a otros familiares porque se origina de la filiación, es decir, del vínculo entre el menor y sus progenitores del cual nacen derechos y obligaciones. La emancipación pone fin a la patria potestad.

Características

La doctrina permite conocer ciertas características de la patria potestad, entre ellas, consiste en un mecanismo de protección de la crianza, desarrollo y ejercicio de los derechos de niños y adolescentes, esto dirigido a todos los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio e hijos adoptivos. Es personal e intransmisible porque solo los padres pueden ejercerla, más no otro familiar o tercero; es obligatorio e irrenunciable debido a que prevalece el interés social y estatal de protección de NNA; y no se ejerce de manera absoluta porque se limita en función del interés superior del niño (Araúz, 2016).

La patria potestad se caracteriza por ser obligatoria, personal, intransferible e irrenunciable porque solo dejan de ejercerla cuando se les limite, suspenda o prive conforme los casos del artículo 111 al 113 del Código de la Niñez y Adolescencia, es decir, el padre no puede renunciar voluntariamente a ejercer la patria potestad y es temporal mientras los hijos sean menores de edad no emancipados. Está fuera del comercio humano, así que no es objeto de venta, cesión o transacción, siendo un deber personal. Es temporaria pero no prescribe, es decir, los derechos que se originan no se extinguen por el transcurso del tiempo.

El ejercicio de la patria potestad es indisponible porque no puede ser modificado, regulado o extinguido por voluntad privada, sino por lo que disponga la ley en cuanto a su limitación, suspensión o privación (Durán & Durán, 2012). Dicha limitación se da en función del interés superior del niño y durante el tiempo que permanecen las circunstancias que lo motivaron.

La no preferencia materna en la patria potestad

El derecho natural consiste en reglas universales que no se encuentran escritas o recogidas en un código o ley, por consiguiente, están basadas en la naturaleza del ser humano y no son dictadas por una autoridad legítima. Se diferencia del derecho consuetudinario porque este es una expresión de las costumbres en un determinado lugar y no busca ser universal. Los derechos fundamentales que actualmente se encuentran plasmados en textos normativos se basan en el derecho natural, tales como el derecho a la vida, libertad e igualdad.

Debido a que es derecho natural de los padres el decidir sobre la crianza y educación de sus hijos, se sustenta que la naturaleza jurídica de la patria potestad es el derecho natural. Así, son varias las conductas y obligaciones que cumplen los padres debido al derecho natural,

como el pago de pensiones alimenticias que primero es “un deber moral y natural del obligado, y si no se la realiza, es exigible por la ley mediante resolución judicial” (Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador). En tal sentido, históricamente se ha considerado durante años que la madre es la persona ideal para el cuidado y toma de decisiones de los hijos, sobre todo de los niños más que de los adolescentes.

Sin embargo, el derecho ha evolucionado en cuanto al reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, dejando atrás la concepción de ser objetos de protección. De esa manera, prima su interés superior y queda en el pasado el enfoque en los adultos con la finalidad de observar parámetros que permitan determinar, caso por caso, el progenitor idóneo para ejercer la patria potestad y cuidado del menor, en lugar de dar por sentado que la madre debe desempeñar dicho rol porque durante años, históricamente, lo ha hecho por razón de su sexo.

Cuando existe preferencia materna, el padre se encuentra en la posición de desnaturalizar a la madre, es decir, de demostrar que no ejerce su rol natural de cuidadora en lugar de que el juez tome en cuenta qué progenitor se encuentra emocionalmente disponible, sea apto e idóneo de proveer todo lo necesario al menor, independientemente del sexo. Eliminando dicha preferencia se espera que la carga de la prueba se fundamente en los aspectos positivos de los progenitores y no en que la madre es desnaturalizada.

El ex juez de la Corte Constitucional, Ramiro Ávila Santamaría, en la sentencia No. 28-15-IN/21 menciona en su voto concurrente, que el argumento de que por naturaleza la madre está destinada al cuidado es esencialista, de modo que si no lo hace es mala y desnaturalizada, constituyendo una responsabilidad exclusiva y una carga enorme en los hombros de las mujeres, considera que la declaratoria de inconstitucionalidad no es suficiente, pero sí necesaria para cambiar el estereotipo de que la mujer es mejor cuidadora y para que el hombre pueda ejercer este rol.

2.2.1.2 Antecedentes históricos

La institución de la patria potestad tiene su origen en el derecho romano y ha evolucionado con el tiempo, sin embargo, conserva el mismo nombre que proviene del latín y significa autoridad paterna. Esta consistía en “una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido solo por el ascendiente varón de mayor edad” (Fiallos, 2018, p. 4). De la misma forma, la patria potestas se caracterizaba por ser perpetuo basándose en la soberanía doméstica del paterfamilias quien tenía un poder efectivo sobre todos sus descendientes durante toda su vida.

La patria potestas del paterfamilias constituyó un poder jurídico de naturaleza privada en el sentido de que se ejercía sobre los hijos en el ámbito familiar, a la vez de naturaleza jurisdiccional al representar a los hijos en actos ilícitos penales o legales, de naturaleza jurídica coercitiva para imponer penas a los hijos, de naturaleza jurídica religiosa porque habilitaba la dirección de cultos religiosos, y de naturaleza económica y absorbente debido

a que los bienes adquiridos por los hijos, ipso iure formaban parte del patrimonio del paterfamilias (Gómez, 2020).

Existen diferencias entre la institución romana y contemporánea, en Roma se establecía la patria potestad en beneficio del paterfamilias y la podía rechazar si aquello le convenía. A su vez, el poder que ejercía era absoluto y dictatorial sobre la persona y todos los bienes del hijo de forma perpetua, independientemente de la edad del hijo, siendo una facultad propia del varón mayor de edad o paterfamilias, más no de la mujer. El poder absoluto que ejercía el paterfamilias fue transformándose con el tiempo debido a que fue prevaleciendo el interés del hijo por sobre el adulto, concibiendo a la patria potestad como una obligación más que como un derecho. Existieron cambios significantes que permitieron que, hoy en día, sea una figura de protección y cuidado del menor, se ejerza por ambos padres y sea temporal hasta que el niño sea mayor de edad o se emancipe.

2.2.1.3 Derechos y principios constitucionales relacionados con la patria potestad

Interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio rector desde la elaboración y aprobación de proyectos de ley hasta la aplicación de las normas jurídicas, así como de obligatoria observación de toda autoridad judicial que tome decisiones que puedan afectar al menor. Se trata de una prioridad que gozan los derechos de niños, niñas y adolescentes por sobre los derechos de las demás personas, cuya finalidad consiste en garantizar el acceso a la salud, alimentación, educación, desarrollo de la personalidad, ambiente sano y libre de violencia.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce expresamente la prevalencia del principio del interés superior del niño para asegurar la efectiva realización de sus derechos. Este principio se lo considera siempre que se toma una decisión en toda cuestión debatida que afecte a menores de edad no emancipados, constituye un principio de aplicación directa que se invoca ante los tribunales. El desarrollo legal del interés superior del niño se encuentra en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia como un principio dirigido a precautelar el ejercicio efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, para cumplir este cometido los jueces deben ajustar sus decisiones a la luz del citado principio.

Igualdad como principio y derecho

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra en el artículo 11 numeral 2 y el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador (2021), tanto como principio de aplicación como un derecho, los citados artículos establecen que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, prohibiéndose la discriminación, por razones como el sexo, estado civil o cualquier otra distinción que prive el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la ley.

La base constitutiva de la igualdad es el reconocimiento de la diversidad y diferencias que existen entre las personas y que, pese a ello, todo ser humano tiene derecho a ser tratado de tal forma que se garantice un igual ejercicio de derechos, deberes y oportunidades. El principio de igualdad aboga por que las personas ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad, independientemente de que presenten características personales. Por su parte, la igualdad como derecho independiente y autónomo se caracteriza porque su ejercicio no se encuentra sujeto a otras normas ni se deben cumplir requisitos para gozar del mismo debido a que es un derecho humano directamente relacionado con la dignidad de las personas. El citado derecho está recogido en el artículo 66.4 de la Constitución como derecho a la igualdad formal, material y no discriminación.

La igualdad formal consiste en recibir un trato con igualdad por y ante la ley, esto quiere decir que el legislador y los administradores de justicia no pueden hacer una distinción de manera arbitraria, sin justificación, restringiendo derechos; tiene un origen normativo y de aplicación en los tribunales. Además, implica que aquellas personas en igualdad de condiciones no reciban un trato distinto por parte del ordenamiento jurídico y su aplicación, posicionándolos en situación de desigualdad, desventaja o vulnerabilidad que no tienen otras personas con particularidades semejantes (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2019).

La igualdad material es el derecho a ser tratado con igualdad de forma real, en otras palabras, que el derecho no quede en el texto legal y se verifique en todo aspecto de la vida de las personas. Garantiza que el ejercicio de los derechos sea en las mismas condiciones con acceso a las mismas oportunidades, sin obstáculos que impida el efectivo goce de derechos humanos. Mientras que, la prohibición de discriminación se refiere a que es prohibido realizar tratos diferenciados de acuerdo con las categorías sospechosas contempladas en el art. 11 numeral 2 de la Constitución.

Tratados internacionales relacionados con la igualdad entre los adultos, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) que en el artículo 16 se menciona que los Estados partes deben asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres con los mismos derechos y responsabilidades durante y después del matrimonio. Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en el artículo 17 destaca que, en caso de disolución del vínculo matrimonial se debe procurar la protección de los hijos sobre la base de su interés y conveniencia.

Principio de corresponsabilidad parental

Este principio tiene relevancia porque “padre y madre, es decir, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro” (Acuña, 2013). Aquello implica que ambos progenitores sean parte activa en la toma de decisiones que tenga efectos en sus hijos menores, que exista una distribución equitativa de sus derechos y deberes, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

La corresponsabilidad parental constituye un criterio rector que guía la actuación de los padres, y adquiere relevancia cuando los padres se separan, en cuyo caso deben participar de manera activa y equitativa en la toma de decisiones referentes al menor, manteniendo el ejercicio de la paternidad y maternidad aun separados. Ambos padres deben asumir en conjunto funciones que tienen relación con los hijos, en especial su formación integral, crianza y educación para que ellos gocen plenamente de sus derechos.

La tenencia compartida es una modalidad para ejercer la corresponsabilidad parental porque la responsabilidad de los padres no se modifica por el divorcio o separación. Asimismo, el citado principio se fundamenta en la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer que repercute en el ámbito familiar, además, la corresponsabilidad nace de la filiación entre padre, madre e hijos que los vincula y responsabiliza para salvaguardar la integridad de los menores, es decir, garantizar su interés superior. Esto se evidencia en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 18.1 que insta a los Estados partes a poner 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 de los niños, debiendo ser una preocupación fundamental su interés superior.

Derecho a la preservación del entorno familiar

El artículo 45 de la Constitución de la República (2021) establece que NNA tienen derecho a tener una familia y disfrutar de su convivencia, así como a recibir información sobre sus progenitores y familiares ausentes, exceptuando en el caso que sea perjudicial para su bienestar. El artículo 67 de la citada norma, determina que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se debe basar en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Se reconoce a la familia en sus diversos tipos.

El artículo 69 de la carta magna menciona que la protección de los derechos de los miembros de la familia será a través de la maternidad y paternidad responsables, tanto la madre como el padre están a cargo de la crianza, educación, cuidado, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, particularmente cuando exista separación. El citado artículo, numeral 4 indica que el Estado protegerá a las madres y a los padres en el ejercicio de sus obligaciones, prestando especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa (Constitución de la República, 2021, art. 69.4).

Este derecho se amplía en el Código de la Niñez y Adolescencia (2022) artículo 22 donde destaca su derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica, la familia debe caracterizarse por brindarles un clima de afecto y comprensión con respeto a sus derechos y desarrollo integral. Por su parte, el artículo 96 del mismo código establece que la familia es necesaria para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes, principalmente.

Además, en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño (1989) se destaca a la familia como el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños, constituye un grupo donde deben recibir protección y asistencia para su desarrollo personal hasta cumplir

la mayoría de edad y ejercer una vida independiente en la sociedad. La preservación del entorno familiar se entiende como la toma de acciones dirigidas a cubrir las necesidades básicas de los hijos y garantizarles de educación, higiene, cuidado y demás condiciones que permitan su desarrollo integral dentro de su propia familia (Rodrigo, 2015). Es un derecho de la niñez y adolescencia el mantener relaciones de calidad con los miembros de la familia para el desarrollo de su personalidad.

Derecho a la opinión

El derecho a opinar va de la mano con el de ser oído y permite la participación del niño en todo ámbito y asunto que le concierne, se le brinda la oportunidad necesaria para que haga uso de la facultad que tiene de expresarse, es decir, a través de este derecho manifiesta su pensamiento, necesidades, su querer o expectativas acerca de situaciones que puedan afectarle. La opinión de los hijos menores de doce años será valorada por el Juez, considerando su grado de desarrollo. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, art. 106). Se considera la edad del niño debido a que un adolescente expresa una opinión más formada, así la edad es un indicativo de madurez del menor.

La autoridad judicial toma en cuenta la capacidad de transmitir ideas propias y formadas individualmente, que no hayan sido inducidas o manipuladas por un adulto como podría suceder con un niño quien no pueda manifestarse por miedo u otras circunstancias. De esa forma, se podrá conocer la comprensión que tiene el menor sobre su situación.

Dentro de un proceso judicial, el juez puede disponer se lleve a cabo una audiencia reservada para recoger la opinión del menor, para ello, debe despojarse de estereotipos, creencias, ideas e historias personales que puedan generar prejuicios sobre el menor (Pleno del Consejo de la Judicatura, 2021), por consiguiente, se escucha la opinión de manera objetiva e imparcial. El niño o adolescente tiene que ser informado en un lenguaje sencillo sobre el objetivo de la audiencia reservada, así se evita confusiones por explicaciones previas de otros adultos que busquen su interés y no la del menor. Las preguntas que realice el juez deben ser comprendidas de acuerdo con la edad y desarrollo del niño, pudiendo utilizarse recursos como dibujos, o acompañamiento de un psicólogo o trabajador social.

2.2.1.4 La patria potestad en el Derecho Comparado

Un análisis comparativo de la legislación en diversos países permitirá una visión más amplia de los efectos jurídicos, tanto positivos como negativos, de la no preferencia materna en las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. Esta figura se encuentra relacionada con la figura de la tenencia, y su regulación es variada en caso de separación según el país en concreto. De esta manera, serán algunos países a los que se hará referencia a continuación que han desarrollado precedentes sobre la eliminación de la preferencia materna y el ejercicio de la patria potestad en caso de separación de los padres.

Colombia

Colombia es uno de los países de la región en que se ha constitucionalizado el derecho a tener una familia, creando mecanismos jurídicos que protejan esta institución con igualdad de todos sus miembros y respeto al interés superior del niño. Silva (2020) menciona que se ha dejado atrás el paradigma alrededor de los menores considerados como sujetos de especial protección, y se ha pasado a una concepción moderna como sujetos de derechos.

El Código Civil colombiano concibe a la patria potestad como un conjunto de derechos y obligaciones de los padres sobre sus hijos no emancipados con la finalidad de facilitar a los primeros el cumplimiento de sus deberes. Su ejercicio corresponde a los padres de forma conjunta, a falta de uno la ejercerá el otro (Código Civil Colombia, 2020, Art. 288). A su vez, se consagra esta institución bajo a responsabilidad parental que debe ser compartida y solidaria para alcanzar la máxima satisfacción de los derechos de NNA, los padres tienen obligaciones relacionadas con la orientación, cuidado, crianza y acompañamiento de los hijos (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2020, Art. 14).

En el país colombiano el derecho de familia goza de protección constitucional, caracterizándose por la responsabilidad compartida de ambos padres, a quienes la ley les otorga un conjunto de derechos y deberes únicamente sobre sus hijos no emancipados. De esta forma, no existe una preferencia hacia la madre para otorgar el ejercicio de la patria potestad debido a que se reconoce un ejercicio mutuo de los progenitores.

Cabe destacar lo mencionado por Rangel (2019) al diferenciar entre patria potestad y custodia -lo que denominamos tenencia en Ecuador-, pues en Colombia la primera tiene la función de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres al ejercer derechos sobre la persona y los bienes del hijo, mientras que la segunda se relaciona con el cuidado, educación y crianza. A su vez, la patria potestad les corresponde a ambos padres, mientras que la custodia puede ejercer un solo padre o conciliar para que sea compartida, no existiendo preferencia alguna a cualquier progenitor.

Argentina

La figura de la patria potestad cambió de denominación a responsabilidad parental y constituye el conjunto de derechos y obligaciones que los progenitores tienen sobre sus hijos menores de edad con la finalidad de proteger sus personas y garantizar su formación integral. En cuanto a su ejercicio, existe un cambio en el momento de dejarse de llamar patria potestad para constituirse como responsabilidad parental. Antes de la reforma con la Ley No. 26.994, la entonces patria potestad les correspondía a los cónyuges conjuntamente si había convivencia, con la presunción legal de que los actos realizados por uno tienen el consentimiento del otro. Y, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, solo el padre o madre que ejercía la tenencia también le correspondía la patria potestad, quedando a salvo el derecho del otro progenitor a visitas para mantener la comunicación y supervisión de la formación del menor.

Sin embargo, a partir de la reforma con la citada ley, la ahora responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores tanto en caso de convivencia, como cuando no exista convivencia, si se da el divorcio o nulidad de matrimonio, manteniendo la misma presunción legal. Ahora bien, invocando al interés del hijo, este ejercicio se puede atribuir a uno solo de los progenitores o establecerse modalidades por decisión judicial o por voluntad de los padres. Finalmente, en caso de desacuerdo, el juzgador puede atribuir este conjunto de deberes y derechos de manera total o parcial a uno de los progenitores.

De esta manera, se puede observar objetivamente que, si bien se cambiaron las reglas para el ejercicio de la responsabilidad parental, no se ha contemplado en la legislación argentina una preferencia hacia algún progenitor en razón del sexo, sino que se toma en cuenta la convivencia o no de los padres, así como también el interés superior del niño.

Chile

La patria potestad, en el país chileno, se encuentra regulado en la Ley 21400 Código Civil, definiéndola como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos que no están emancipados. En Chile la patria potestad es una institución relacionada solo a los bienes del menor, a diferencia de los demás países donde el ámbito es patrimonial y personal. Dicho cuerpo legal tuvo una reforma en el año 2013 con la Ley 20680 con el objetivo de proteger la integridad del menor en caso de separación de los padres e introduciendo el cuidado compartido y como principio general la corresponsabilidad de los padres en igualdad de derechos y deberes respecto de la crianza y educación de los hijos mientras vivan juntos, así como después de la separación.

El cuidado personal y la patria potestad están íntimamente relacionados para confiar su ejercicio. Anterior al año 2013, el cuidado personal estaba a cargo de consuno a los padres si vivían juntos, en caso de separación la ley prefería a la madre y solo de común acuerdo lo ejercían ambos padres. La patria potestad lo ejercían ambos padres si vivían juntos siempre que exista acuerdo mutuo, a falta de este, lo ejercía el padre, es decir, existía preferencia al sexo masculino. En caso de separación, la patria potestad la ejercía aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, es decir, la madre porque la ley la prefería (Acuña, 2015).

Entonces, aun viviendo juntos el legislador daba preferencia al ejercicio individual de la patria potestad, de forma excepcional y por común acuerdo era posible el ejercicio conjunto. Además, la ley generaba una discordancia pues, si vivían juntos, el cuidado personal se asumía de consuno por ambos padres y al mismo tiempo la patria potestad correspondía por ley al padre. Y, habiendo separación, la patria potestad le correspondía constantemente a la madre porque aquella estaba a cargo del cuidado personal por preferencia de la ley.

La madre accedía a la patria potestad porque en vida conjunta llegó a un acuerdo con el padre o demostró ante el juez que era mejor para el interés del hijo. Eso significaba una discriminación en favor del padre. Y, en vida separada comúnmente ejercía la patria potestad

porque la ley le atribuía el cuidado personal o tenencia, no porque el legislador igualó su posición respecto del padre.

Con las modificaciones introducidas por la Ley 20680, el cuidado personal ahora es de consuno a los padres sea que vivan juntos o separados en virtud del principio de corresponsabilidad, participando de forma activa, permanente y equitativa en la crianza y educación de los hijos. Si los padres viven separados pueden acordar que el cuidado personal lo ejerza el padre, la madre o ambos, estableciendo la frecuencia y libertad con que el otro progenitor mantendrá una relación directa con los hijos.

La reforma en cuanto a la patria potestad trajo consigo que se convenga en acuerdo que lo ejerza el padre, la madre o ambos con la condición de pactar una relación directa y regular del progenitor que no tenga el cuidado personal para garantizar el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; a falta de acuerdo le corresponde al padre y a la madre en conjunto. Un cambio trascendental fue derogar la norma que atribuía al padre el ejercicio exclusivo y, en su lugar, establecer la regla de ejercicio conjunto. Finalmente, otra modificación significativa es que se permita que, aun viviendo separados, se dé un ejercicio conjunto de la patria potestad, aunque el cuidado personal no sea compartido.

México

Al ser México un Estado federal, instituciones del derecho familiar como la patria potestad están reguladas en la legislación federal y local. La definición de esta figura se puede tomar del Código Civil del Estado de Jalisco que manifiesta que se entiende por patria potestad a la relación de derechos y obligaciones que tienen recíprocamente tanto el padre y la madre como los hijos menores no emancipados cuyo objeto es la custodia de la persona y los bienes de estos, se entiende que se ejerce en función del amparo de los hijos.

A su vez, los tribunales federales mexicanos han expedido criterios de interpretación, definiendo a la patria potestad como una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, un complejo funcional de derechos y obligaciones ejercido por los padres en beneficio de los hijos para prestarles auxilio a su debilidad, ignorancia e inexperiencia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010).

En cuanto a su ejercicio, debido a que se trata de un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, corresponde a los padres del menor de edad. Esto es que, como regla general los padres deben ejercer la patria potestad de manera conjunta. Anteriormente el ejercicio era individual hacia el padre o la madre, situación que se modifica con el Código Civil de 1884 porque se determinó que esta institución jurídica no busca beneficiar al progenitor que la ejerce. Por ello, en atención a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, lo más conveniente para el menor es el ejercicio conjunto.

Actualmente, solo ante la falta o impedimento de algún progenitor, tiene lugar el ejercicio unilateral de la patria potestad, conforme el Código Civil Federal. Además, como esta figura implica a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, cuando los padres no vivan juntos seguirán ejerciéndola de manera conjunta y decidirán de común acuerdo quien tendrá la custodia. Por consiguiente, en México no existe una preferencia hacia ningún progenitor porque la regla general es el ejercicio compartido.

La no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad en Ecuador

En Ecuador, el Código de Menores publicado en 1969, reformado en 1976 y 1992 comprendía que la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre que viven juntos respecto de los hijos comunes del matrimonio o unión de hecho, y en caso de divorcio lo ejercerá el progenitor que la autoridad competente decida sin que exista una preferencia hacia un progenitor por razón del sexo. Es hasta el año 2003, con la publicación del Código de la Niñez y Adolescencia que se incorpora la preferencia materna que fue declarado inconstitucional en el año 2021.

El Código Civil establece que solo los padres, independientemente de su estado civil, ejercen la patria potestad, no se le atribuye esta facultad a una tercera persona. El artículo 307 del Código Civil (2022) establece que, en caso de divorcio y separación de los padres, la patria potestad corresponde al padre encargado del cuidado del menor, pudiéndose apartar de esta regla si llegasen a un acuerdo autorizado por el juez.

Por su parte, el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2022) establece reglas para el ejercicio de la patria potestad, siendo la primera el acuerdo de los padres siempre que no perjudiquen los derechos del menor. La falta de acuerdo suponía, previo a la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, una preferencia a la madre tanto para aquellos hijos menores de doce años -numeral 2-, como en el caso de que los padres demuestren las mismas condiciones -numeral 4-, norma que fue declarada inconstitucional por el fondo. Respecto a las demás reglas, se mantiene que se confiará este ejercicio al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y psicológica en caso de hijos mayores de doce años.

Posteriormente, en el año 2015 se presentó una demanda de inconstitucionalidad por razones de fondo contra el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, la Corte Constitucional lo resolvió mediante sentencia No. 28-15-IN/21 en noviembre de 2021 aceptándolo con voto de mayoría y se declaró inconstitucional la preferencia materna, estableciéndose parámetros para que los juzgadores evalúen caso por caso el encargo de la tenencia de NNA que se basa en las reglas para otorgar la patria potestad.

Fue tema de discusión el trasfondo histórico de la discriminación contra la mujer, a quien se le impuso el rol de cuidadora, argumentando que en su momento se estableció preferencia a aquella para protegerla de violencia física, psicológica, doméstica, económica, tanto patrimonial como vicaria, es decir, evitar que la pareja ejerza daño o venganza hacia la mujer a través de los hijos.

No obstante, se declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la norma jurídica impugnada por ser contraria a los principios de igualdad y no discriminación, interés superior del niño y corresponsabilidad parental, es decir, contrarias a la Constitución de la República (Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador). Esto ha conllevado a que sea necesaria una reforma legislativa que contemple el interés superior de NNA como el principio rector para encargar el cuidado a un progenitor sin centrarse en su sexo y a la luz de la corresponsabilidad de los padres, es decir, no se ha planteado aún que sea compartido, más solo se busca fundamentarse en lo que más convenga al menor como sujeto de derechos.

De esta manera, la Corte estableció parámetros que deben seguir las autoridades judiciales, en primer lugar, analizando caso por caso en su contexto particular, la decisión del juez no debe fundarse en el género de los padres o su capacidad económica. Se debe considerar la opinión del menor, la presencia de un cuidador emocionalmente disponible, que sea apto e idóneo para su bienestar, la dedicación brindada y la relación que existía tanto con el padre como con la madre previo a la separación o divorcio, tomando en cuenta su vínculo afectivo.

2.2.2 UNIDAD II: PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.2.2.1 Definición y generalidades del interés superior del niño

Este principio está contenido en la Constitución de la República del Ecuador (2021), artículo 44 donde se señala que el Estado, la sociedad y la familia deben promover el desarrollo integral de NNA, atendiendo su interés superior, prevaleciendo sus derechos por sobre los de las demás personas. Asimismo, el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que el principio citado está orientado a satisfacer el ejercicio de los derechos de este grupo de atención prioritaria, imponiendo a las autoridades administrativas y judiciales, e instituciones públicas y privadas, el ajustar sus decisiones para cumplir con el mismo.

El interés superior del niño es un principio de interpretación del Código de la Niñez y Adolescencia, se lo invoca siempre que se haya escuchado la opinión del niño con anterioridad en función de su edad. La Convención sobre los Derechos del Niño lo establece como un derecho subjetivo, y a la vez, como un principio interpretativo de las medidas que puedan afectar al menor, directa o indirectamente.

TorreCuadrada (2016) define a este principio como un derecho subjetivo y principio inspirador de los derechos de los niños, cuyo propósito es de protección de los menores debido a su vulnerabilidad e imposibilidad de dirigir su vida con autonomía. En la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) se aclara que el concepto de este interés superior es flexible y adaptable a la situación concreta del niño de conformidad con su contexto y necesidades. Estas características permiten la evolución del Derecho respecto de la protección de la niñez y adolescencia, a pesar de que deja un margen para la manipulación del mismo que satisfaga intereses de adulto y no del menor.

Por otro lado, se trata de un principio jurídico interpretativo fundamental porque para la aplicación de cualquier norma que potencialmente cause efectos en un menor se interpreta a la luz de su interés superior. Se trata de un principio indeterminado y dinámico. Estas características se dan en función de la heterogeneidad de los niños, pues ninguno es igual a otro y cada uno presenta diferentes necesidades de acuerdo con sus circunstancias.

No existe una fórmula única que aplicar para resolver de modo que más beneficie el interés superior del menor. Las decisiones que involucran a los menores deben adaptarse a su contexto de acuerdo con el contenido de cada caso. Este principio es dinámico porque se adapta a las distintas situaciones de niños y adolescentes, pero, al mismo tiempo presenta un margen de discrecionalidad de la autoridad que lo aplique, quien debe alejarse de decidir según sus convicciones y ponderar de manera que resulte beneficioso para el menor.

2.2.2.2 Proceso judicial de adopción de decisiones que afecten a NNA

El artículo 175 de la Constitución (2021) establece que la niñez y adolescencia está sujeta a administradores de justicia capacitados para aplicar principios orientados a su protección integral. El interés superior del niño constituye un principio jurídico interpretativo a

considerar en la adopción de decisiones que puedan tener efectos en la niñez y adolescencia, que busca favorecer el ejercicio de sus derechos. “[...] si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño” (Observación General N° 14, 2013, párrafo 6.b). De esta manera, cuando exista conflicto entre dos o más derechos de un niño o adolescente, inclusive con otros sujetos de derechos, lo que ayuda a tomar una resolución es el interés superior del niño y la situación específica del caso.

Este principio se lo toma como una norma de procedimiento con dos momentos, tal como se establece en la Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales; el primer momento sucede durante el procedimiento en que los jueces adoptan decisiones, quienes deben realizar una estimación de los posibles efectos, negativos y positivos, en el niño. Un análisis de los efectos e impacto de las decisiones que involucran a la niñez y adolescencia permite el respeto a sus derechos que prevalecen por sobre los demás. Aplicar el interés superior del niño requiere el observar el proceso y trámite especializado en menores y no las normas generales, así encontramos que en caso de alimentos, visitas, tenencia y patria potestad existen plazos y términos distintos, la regla de no suspender la audiencia para emitir la decisión oral y la apelación con efecto no suspensivo (Código Orgánico General de Procesos, 2022, art. 33).

El segundo momento del citado principio como norma de procedimiento es la motivación, que debe ser suficiente para respetar el interés superior del niño, no basta con solo citarlo. En la Sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional acerca de la garantía de la motivación, se establece que la motivación normativa suficiente es el razonamiento del juzgador respecto de los hechos del caso, en otras palabras, existe motivación cuando enuncia en qué fundamenta su resolución, realiza un análisis de las pruebas y de ello explica cómo infiere los hechos probados del caso. La estructura mínimamente completa se encuentra en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución, para que exista motivación en resoluciones se debe enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundamenta, así como enunciar los hechos y, además, explicar por qué es pertinente aplicar esas normas y principios a los hechos del caso específico, de lo contrario la resolución o fallo es nulo (Constitución de la República, 2021, art. 76.7.l).

Por consiguiente, el juzgador tiene que detallar qué elementos tomó en cuenta para determinar este interés superior y la forma en cómo ponderó los derechos de niños y adolescentes en función de las características de cada caso, con un razonamiento de interpretación y aplicación del Derecho -fundamentación normativa- y una justificación de los hechos dados por probados con análisis de los medios de prueba aportados -fundamentación fáctica-.

Por otro lado, el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 11 menciona que previo a invocar el interés superior del niño se debe considerar su opinión de manera libre en todos los asuntos que le afecten de acuerdo con su edad y madurez. A la vez, el juzgador, en base a lo ya argumentado, tiene que abstenerse de seguir criterios, experiencias, creencias,

especulaciones, prejuicios o estereotipos (Pleno del Consejo de la Judicatura, 2021, p. 16), cuando evalúe y determine el interés superior del menor.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que “una determinación a partir de presunciones, prejuicios y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar su interés superior” (CIDH, Caso Fornerón e hija Vs Argentina, p. 32). Esta consideración permite que las actuaciones y decisiones jurisdiccionales se basen en el análisis de este principio, evitando la intromisión de los intereses de los adultos.

De esta forma, el interés superior del niño es una norma de procedimiento porque supone varios elementos de análisis que realizar dentro de un proceso judicial con el objetivo de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Entre aquellos elementos se encuentra la opinión, el estado del ejercicio de los derechos del niño, los hechos del posible riesgo o vulneración de estos derechos, y la norma jurídica a aplicarse que más favorezca la protección integral del menor.

2.2.2.3 Elementos esenciales para determinar el Interés Superior del Niño

Siempre que se tomen decisiones que conciernan a niños y adolescentes, la autoridad judicial debe evaluar y determinar su interés superior, sin excepción. Por ejemplo, se realiza lo indicado en los procesos judiciales de régimen de visitas, tenencia o patria potestad donde se decide privar al menor de forma temporal o permanente de su entorno familiar. Específicamente, para confiar el ejercicio de la patria potestad se considera el interés superior del niño (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, art. 106 y 111).

Ahora bien, el proceso a seguirse para determinar el interés superior del niño se encuentra plasmado en la Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales (Pleno del Consejo de la Judicatura, 2021), misma que establece tres pasos a seguir, primero la obtención y recauda de la información, segundo la evaluación del citado principio, y tercero la toma de decisiones.

Por lo tanto, la información que debe recoger la autoridad judicial tiene que relacionarse con aquella que permita identificar los posibles derechos vulnerados o en riesgo. La Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) establece que son siete elementos que considerarse, tales como el derecho a la opinión; a la identidad; a la familia y convivencia familiar; cuidado, protección y seguridad; situación de vulnerabilidad; derecho a la salud y a la educación.

Respecto del derecho a la opinión, debe escucharse al menor en función a su edad para determinar una manifestación de voluntad formada y no inducida por intereses ajenos de adultos. Por su parte, el derecho a la identidad implica la religión, etnia, orientación sexual e identidad de género, así como prácticas culturales, que deben ser respetadas para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad en la niñez y adolescencia.

El derecho a la familia y convivencia familiar permite su cuidado, seguridad, a la vez busca protegerles y garantizar el derecho a la salud y educación por cuanto estos derechos son interdependientes, relacionados íntimamente entre sí. La separación del núcleo familiar se recomienda exclusivamente por el interés superior del menor, no obstante, cuando exista separación de los progenitores se debe procurar que tenga la menor incidencia en las rutinas del menor y sostener una relación con los padres y su familia ampliada.

En cuanto a la situación de vulnerabilidad, ha de adoptarse medidas que permitan la igualdad de los niños de acuerdo con sus necesidades específicas, así niños con discapacidad necesitarán mayor apoyo que otros. De la misma forma, sobre el derecho a la educación y salud, el juzgador determinará si ha sido vulnerado o se encuentra en riesgo para tomar las medidas que garanticen su goce.

Momento de recabar información

La información para determinar el interés superior del menor puede recabarse en la demanda, actos preparatorios, parte policial o denuncia. Estas formas de conocimiento de los hechos no siempre contendrán información suficiente para determinar el mencionado principio y resolver. De esta manera, el juzgador puede ordenar que actúen profesionales que conforman los equipos técnicos, quienes asisten y auxilian a jueces, a través de pericias, con información de calidad relacionada al caso pues son profesionales como psicólogos, trabajadores sociales y médicos.

Un informe de la Oficina Técnica permite obtener datos e información sobre la situación tanto social como psicológica, y sobre el estado de salud del NNA (Pleno del Consejo de la Judicatura, 2021). Será el juez quien solicite de manera detallada y precisa el objeto de la investigación pericial que lleve a datos relevantes para determinar el interés superior del menor, esclareciendo la situación en controversia.

2.2.2.4 El interés superior del niño en el Derecho Comparado

En el año 1959 los Estados parte de la Organización de Naciones Unidas suscribieron la Declaración de los Derechos del Niño donde se contempla la institución jurídica de interés superior del niño, sin embargo, es con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989 que este pilar de protección de la niñez y adolescencia es vinculante para los Estados signatarios. Por consiguiente, el desarrollo normativo de los derechos de niños, niñas y adolescentes se lo puede considerar como un hito del Derecho Internacional de Derechos Humanos, que ha tomado relevancia en los últimos años.

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene carácter de imperativo, es decir, que obliga o prohíbe. Si bien antes se consideraba a los menores de edad como objeto de cuidado, este instrumento los reconoció como sujetos de derechos y ha permitido el desarrollo del ordenamiento jurídico de varios países. En el caso de Ecuador, con la Constitución Política del Ecuador (1998), artículo 48, se adopta por primera vez el principio de interés superior

del niño como obligación a ser aplicado en las decisiones que afecten los derechos de niños y adolescentes; la Constitución de 2008 lo mantiene y reconoce a este grupo como de atención prioritaria.

Interés superior del niño en Colombia

La concepción del interés superior del niño en la legislación colombiana es inspirada por la Convención de los Derechos del Niño de 1989, incidiendo en la forma de ejercer la patria potestad. Este principio es el sustento del Código de Infancia, toda disposición se debe interpretar en función de satisfacer todos sus derechos humanos de manera integral y simultánea, y tiene un carácter prevalente, esto es que se lo invoca de manera preferente en las resoluciones que implican a menores (Silva, 2020). El rol que cumple el citado principio es iluminar el criterio del juzgador, brindándole orientaciones jurídicas. De esta manera, la autoridad se encuentra limitada por los derechos que identifica y protege este interés superior, permitiéndole resolver conflictos de derechos acudiendo a la ponderación de estos a la luz del principio.

Interés superior del niño en Argentina

En la Ley 26.061 en la cual se regula la protección de los derechos de NNA se establece que se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente como la máxima satisfacción integral y, además, simultánea de los derechos y garantías que se les reconoce en el mismo cuerpo legal. En Argentina, amparados en la citada ley, se busca respetar la condición de los menores como sujetos de derechos, su pleno desarrollo personal en su entorno familiar, social y cultural, así como su derecho a ser oídos y dar su opinión de acuerdo con su grado de madurez, capacidad de discernimiento y otras condiciones personales. A su vez, cuando exista conflicto entre derechos e intereses de NNA con otros derechos e intereses legítimos, prevalecen los de los primeros. Así, su interés superior constituye un mandato hacia la autoridad judicial.

Interés superior del niño en Chile

Al igual que otros sistemas jurídicos, este principio se presenta en Chile como un concepto jurídico indeterminado, esto es que necesita concretarse en cada situación específica. Tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos, siendo tanto un elemento de interpretación como norma de resolución de conflictos, facilitando tomar una decisión en situaciones de colisión de derechos (Bécar, 2020). En tal sentido, la consideración del interés superior del niño es notoria en la reforma introducida al Código Civil chileno citada anteriormente, determinando que es preocupación fundamental de los padres dicho interés. Lo que limita las facultades de los progenitores es el interés superior. Por ello, constituye un elemento para el establecimiento del ejercicio del cuidado personal y patria potestad.

Interés superior del niño en México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010) señala que este principio implica que, en toda acción y toma de decisiones vinculadas con la infancia se debe buscar, en primer término, el máximo beneficio directo del niño a quien va dirigido. La razón por la que se atribuye prioridad a los derechos del niño es su vulnerabilidad. El Estado mexicano reconoce el derecho de niños a la satisfacción de sus necesidades respecto a la alimentación, educación, salud, y sano esparcimiento que les permita su desarrollo integral.

Este principio fundamental para la niñez se encuentra en el Código Civil del Distrito Federal de México, indicando que se entenderá como interés superior del menor la prioridad que se otorga a los derechos de los niños respecto de los derechos de las demás personas. Por consiguiente, consiste en un criterio fundamental en las relaciones de familia como lo es la institución de la patria potestad, institución que busca la protección de menores y que se rige por el principio en cuestión.

2.2.3 UNIDAD III: EFECTOS JURÍDICOS EN LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL OTORGAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD

2.2.3.1 Interés superior del niño y la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad en Derecho Comparado

Anteriormente, cuando a la niñez y adolescencia se la trataba como objeto de protección no era tan predominante su interés superior y el otorgamiento de la patria potestad se enfocaba en el adulto. Hoy en día, esta institución se encuentra limitada por el principio de interés superior del menor, por ello surgen reformas legales para establecer parámetros que permitan elegir al progenitor idóneo y apto, con madures psicológica y emocionalmente suficiente que satisfaga de mejor manera las necesidades físicas, emocionales y educativas de los hijos, y así garantizarle cuidado, educación y un desarrollo integral.

Es deber del Estado adecuar su ordenamiento jurídico para que el ejercicio de esta institución se realice en beneficio de los hijos y se respeten derechos y principios constitucionales, que además constan en instrumentos internacionales. Los progenitores tienen facultades para con sus hijos que deben ser cumplidos de forma equitativa y participativa -en función del principio de corresponsabilidad-, sin discriminación para no condicionar los derechos del progenitor que no ejerza la patria potestad más allá del interés superior del niño, y para eliminar los estereotipos de género y patrones culturales que afectan a ambos sexos.

Durante años, en varios países latinoamericanos cuyo ordenamiento jurídico ya fue analizado, ha permanecido el ejercicio individual de la patria potestad, es con la aplicación del interés superior del niño que se ha eliminado una preferencia en favor de un progenitor o se ha alcanzado el ejercicio conjunto de la mano de la tenencia. En virtud de este interés superior el juez, para atribuir estas facultades, debe fundarse en criterios y circunstancias como el vínculo efectivo entre el menor y sus padres, la aptitud de estos para garantizar su bienestar, la opinión del niño, entre otros.

En Chile prevalecía una preferencia al padre quien se le confiaba el ejercicio exclusivo de la patria potestad cuando existía convivencia entre los progenitores, pero habiendo separación se le otorgaba a quien tuviese el cuidado personal -tenencia- y en este caso se le prefería a la madre. Con la reforma del año 2013, vivan juntos o separados, el cuidado personal y patria potestad pasó a ser en conjunto aplicando el principio de corresponsabilidad.

En México, si bien el ejercicio era individual, pasó a ser en conjunto con la modificación del Código Civil en 1884, es decir, tiene bastante trayectoria dicha reforma y tuvo lugar debido a que se planteó como objetivo de la patria potestad el atender lo más conveniente para el menor y no beneficiar al progenitor, así como también garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. De la misma forma, es interesante la reforma legal en el país argentino, pues esta figura se ejercía de manera conjunta y solo en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio pasaba a ejercerlo el progenitor que tuviese la tenencia;

situación que cambió para que la llamada responsabilidad parental -patria potestad- corresponda a ambos padres convivan o no juntos. Y, amparados en el interés del hijo se puede modificar a un ejercicio individual.

Por su parte, el país vecino Colombia concibe el ejercicio de la patria potestad de manera conjunta, únicamente a falta de uno le corresponde al otro amparados en la responsabilidad parental compartida y solidaria, no existe una preferencia en favor de un progenitor porque el objetivo es satisfacer los derechos de los niños.

Por consiguiente, en los países analizados no ha existido una preferencia a la madre para otorgar la patria potestad, con la particularidad y clara diferencia de Chile en el que, antes del 2013, la preferencia de la patria potestad era en favor del padre y la tenencia en favor de la madre. En sí, en estos países latinos se invoca el interés superior del niño, principio introducido y desarrollado gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, lo que ha permitido se busque el pleno ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia a través de la elaboración de normas que favorezcan su desarrollo holístico.

Por lo antes dicho, que exista preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad no garantiza el interés superior del niño debido a que se deja de analizar las circunstancias específicas de cada caso en el que se discute la patria potestad, porque el juzgador se limita a aplicar una norma que directamente confía en la madre como natural cuidadora y protectora del menor, sin observar parámetros de evaluación del citado principio de acuerdo con el contexto, emociones y deseos de los hijos. El hecho de que se prefiera a la madre, sin mayor discusión, conlleva que el juzgador se enfoque en los adultos o progenitores, en lugar de considerar lo que más convenga al menor. Inclusive, el padre deja de demostrar que es apto, idóneo o que tiene un vínculo afectivo con el menor, y pasa a encontrarse en la posición de desnaturalizar a la madre.

La autoridad judicial debe valorar cada caso en particular, rompiendo barreras culturales de estereotipos o estigmas sociales que afectan tanto a los padres como a los hijos. “La preferencia a la madre sobre el cuidado de los niños impide valorar cada caso” (Rodríguez, Cáceres, Agudo, Mesías, & Villafuerte, 2022, p. 205).

El debate judicial no consiste en determinar quién tiene derechos sobre los hijos, se trata de determinar el progenitor que mejor ejerza esta institución jurídica en beneficio del menor. La perspectiva que se debe tomar para resolver el conflicto no es cuestión de los atributos de los adultos, sino partir desde los derechos de la niñez y adolescencia. Ramiro Ávila Santamaría, en la sentencia No. 28-15-IN/21 menciona que si la ley otorga preferencia a un progenitor se anula el derecho a ser escuchado porque el Estado estaría tutelando de forma automática sin considerar los hechos y pruebas en las causas. El único criterio en las decisiones relacionadas a la responsabilidad parental debe ser el interés superior del niño, y es contrario a este principio que la ley conceda de manera automática a uno de los progenitores o a ambos sin evaluar antes dicho interés que está por encima del de los adultos.

2.2.3.2 Posibles vulneraciones a los derechos del niño por la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen características de acuerdo al artículo 16 del Código de la Niñez y Adolescencia (2022), determinando que son de orden público porque son fundamentales en la organización social de nuestro Estado para obtener el bienestar colectivo, reconociendo a la familia como núcleo de la sociedad. Además, estos derechos son indivisibles, irrenunciables, interdependientes e intransigibles, es decir, no pueden separarse unos de otros porque se vinculan entre sí, no se puede renunciar a ellos ni por voluntad de su titular, y son intransigibles debido a que no son objeto de transacción.

Los derechos de los menores gozan de una protección estatal para su pleno ejercicio, atendiendo su interés superior puesto que prevalecen sobre los de las demás personas (Constitución de la República, 2021, art. 44). La familia, cualquiera sea su tipo, es una necesidad indispensable para el desenvolvimiento de las personas en la colectividad, siendo imposible anteponer el interés individual por encima del interés de la sociedad.

Derecho al desarrollo integral

EL artículo 44 de la Constitución (2021) establece que consiste en el proceso de crecimiento, madures, desarrollo de su intelecto, capacidades, potencialidades y aspiraciones en el entorno familiar, así como social, comunitario y escolar. Cuando este ambiente es seguro y afectivo para el menor se entiende que se satisfacen sus necesidades sociales y emocionales. El ejercicio de este derecho es posible con la participación responsable de la familia, atendiendo necesidades básicas como salud, nutrición, educación, protección.

Cuando los dos progenitores están ejerciendo sus responsabilidades de manera conjunta y equitativa, en un ambiente armonioso para sus hijos, se estaría garantizando el derecho al desarrollo integral, pues crea un vínculo afectivo con los encargados de su cuidado y protección, de manera que la eliminación de la preferencia materna en el tema de investigación no afecta este derecho.

Derecho a la preservación del entorno familiar

El artículo 69 de la Constitución (2021) indica que el Estado protegerá a padres y madres en el ejercicio de sus obligaciones, prestando especial atención a las familias disgregadas. A su vez, el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia (2022) señala que la familia debe caracterizarse por brindar a los hijos un clima de afecto y comprensión con respeto a sus derechos para garantizarles su desarrollo holístico. Es derecho fundamental del menor el mantener vínculos familiares.

Preservar el entorno familiar busca que el menor viva con condiciones que permitan su desarrollo integral. La separación del núcleo familiar se recomienda exclusivamente por el interés superior del menor, no obstante, cuando exista separación de los progenitores se debe

procurar que tenga la menor incidencia en las rutinas del menor y sostener una relación con los padres y su familia ampliada.

Cuando el juez evalúa el interés superior del niño debe tener en consideración el derecho del niño a conservar relación con sus progenitores, por tanto, considero que no la preferencia materna en las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad no vulnera el derecho a preservar el entorno familiar y mantener las relaciones con los progenitores porque quitar esta preferencia permite que se examine el caso concreto del menor, a la luz de su interés superior, y se eviten conflictos al intentar desnaturalizar a la madre. Asimismo, se evitaría distanciamiento emocional de la familia ampliada del padre cuando este tenga iguales condiciones que la madre.

Derecho a la opinión y ser consultados en asuntos que les afecten

Si bien NNA participan en los procesos judiciales cuyas decisiones les afecten, es evidente que las condiciones en las que lo hacen son diferentes que las de un adulto, esto en virtud del desarrollo cognitivo de acuerdo con su edad. Cuando se evalúa el interés superior del niño se toma en cuenta el derecho a ser escuchado y opinión del menor, esto permite tomar mejores decisiones y estimular su capacidad para ejercer derechos. La opinión de los menores de edad en los procedimientos judiciales debe ser escuchada, la de los niños de doce años es obligatoria para el juez, sin embargo, también debe escuchar y considerar las expresiones, sentimientos y deseos de los menores de dicho rango de edad con el auxilio del equipo técnico en función de la edad y madurez.

Si bien en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia se mencionaba que se escuchará al adolescente o niña para confiar la patria potestad, su derecho se limitaba por el criterio de la preferencia a la madre, resolviendo inmediatamente el juez conforme a esta preasignación, perdiendo efecto la opinión, sobre todo de los menores de doce años. Por consiguiente, considero que eliminar dicha preferencia no vulnera el derecho a la opinión, sino que más bien da paso a una valoración de la misma en la resolución judicial.

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad implica la religión, etnia, orientación sexual e identidad de género, así como prácticas culturales, que deben ser respetadas para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad en la niñez y adolescencia. La importancia de analizar caso por caso, examinar las condiciones específicas del menor de edad y escuchar su opinión, radica en que el juzgador debe elegir al mejor progenitor que sea apto e idóneo, con relaciones afectivas con el hijo, lo que incluye el respetar su identidad, sin prejuicios ni imponiendo su criterio por encima del derecho del niño.

Considero que la autoridad judicial debe ir más allá del derecho a la educación, salud para conocer condiciones como religión, orientación sexual e identidad de género, cuestiones que pueden ser controversiales para ciertos adultos, y mientras un progenitor le provea la mayor

protección y seguridad acorde a su identidad, independientemente del sexo, debe ser considerado para confiarse la patria potestad sin discriminación. Por lo tanto, en mi opinión, la no preferencia a la madre en este ámbito no vulnera el derecho a la identidad del menor, todo lo contrario, fortalece que se tome en cuenta lo que mejor le convenga, es decir, su interés superior.

Derecho a la integridad física y psíquica

El artículo 66.3.b y 45 de la Constitución de la República (2021) establece este derecho que gozan los niños y adolescentes, y artículo 46 de la misma norma determina medidas que el Estado debe adoptar para asegurar su bienestar en el que se encuentra la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o cualquier contexto en el que se vulneren sus derechos.

En el ámbito familiar existen contextos de violencia doméstica, económica, física o psicológica, tanto antes como después de la eliminación de la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad. Las situaciones de violencia son un fenómeno social y cultural de acuerdo con la Corte IDH que se encuentra arraigado a las costumbres y mentalidades de la sociedad. Cuando existe violencia en la convivencia familiar, puede continuar después de la separación con amenazas contra la madre o sus hijos. El Estado tiene la obligación de garantizar una vida libre de violencia, es a través del juez como tercero imparcial quien confirma la existencia de dicha circunstancia en cada proceso judicial para que la madre tenga la patria potestad y, en su caso, la tenencia, mientras que el padre tenga visitas restringidas y condicionadas.

2.2.3.3 Posibles vulneraciones a derechos y principios constitucionales por la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad

Principio de interés superior del niño

Desde instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), hasta ordenamientos jurídicos de los países analizados y el nuestro, es un principio y norma de procedimiento el interés superior del niño, pues es un derecho del niño el que se tome en cuenta el citado principio en todas las decisiones que le afecten. El objetivo de este principio es garantizar el pleno disfruto de todos los derechos reconocidos del niño y su desarrollo holístico.

El interés superior del niño exige un compromiso de colaboración entre los progenitores con el objetivo de que situaciones familiares se resuelvan observando lo que mejor convenga al menor y no a los padres respecto de su crianza y educación. En otras palabras, cuando existe conflicto, el interés de los padres no puede ser superior al interés del niño, (Acuña, 2013), de esta manera, las reglas para otorgar la patria potestad deben determinarse en función de su interés superior, de las necesidades que requieran cubrirse.

Cuando existe una preasignación en una cuestión relacionada a niños y adolescentes, se limita su interés superior porque se está impidiendo que se evalúe y determine las circunstancias específicas que podrían afectar los derechos del menor. La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha establecido que este principio tiene protagonismo en las decisiones que involucran a NNA.

Además, la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño se pronunció sobre el alcance del concepto del interés superior del niño, indicando que su contenido tiene que determinarse caso por caso, se ajusta y define de forma individual, adaptándose a la situación concreta del niño, tomando en cuenta el contexto, la situación y necesidades personales.

Por consiguiente, considero que eliminar la preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad no vulnera el principio de interés del niño porque esto permite que el juzgador analice el contexto y características particulares de cada caso en el que se discuten las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. En mi opinión, que exista una asignación previa a conocer el caso concreto del menor de edad no protege los derechos del niño por completo porque cada individuo y familia es diversa y no existe una fórmula única que aplicarse para resolver un proceso judicial.

Derecho a la igualdad y no discriminación

Si bien se pudiese pensar que la no preferencia a la madre es reciente con relación al principio de corresponsabilidad parental y derecho a la igualdad, parte del cambio son los tratados internacionales, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que reconoce que el hombre y a la mujer gozan de los mismos derechos durante el matrimonio y en caso de separación. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) hacen referencia a la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres para asegurar la protección de los hijos.

La igualdad como principio y derecho fundamental, reconocido en la Constitución, garantiza justicia cuando las personas solicitan o reclaman derechos antes los jueces. Se encuentra recogido en el artículo 11 numeral 2 y artículo 66 numeral 4 de la norma citada. Cabrera & Cedillo (2020) establecen que la igualdad está relacionada con la dignidad y realización humana, siendo deber del Estado el proporcionar posibilidades efectivas y concretas para materializarlo en el marco de las necesidades de la población.

La base constitutiva de la igualdad es el reconocer las diferencias entre las personas, en este caso, entre hombre y mujer. La ausencia de paridad es calificada como atentatoria a la igualdad de género. Acuña (2015) menciona que la atribución unilateral de los deberes y derechos que comprende la patria potestad genera concentración de poderes y facultades en la madre, privando al padre de los efectos que conlleva la relación de filiación.

Por lo antes mencionado, considero que la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad no vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación porque al permitir que se analice las circunstancias concretas de cada caso de niños y adolescentes para tomar una decisión se está precautelando respetar su interés superior y no se sustrae a un progenitor sin una causa justa más allá del sexo. Que exista una regla para otorgar la patria potestad con preferencia a la madre trasgrede el derecho a la igualdad porque al excluir al padre se genera un conflicto en el desarrollo de los hijos.

En la sentencia No. 28-15-IN/21 se establece que la preferencia a la madre contenida en el artículo 106 numerales 2 y 4 se opone a la igualdad formal porque el padre se encontraba en la posición de probar que es mejor cuidador que la madre a pesar de que los dos sean igualmente aptos. Por lo tanto, el litigio judicial conllevaba un desprestigio de la madre independientemente del interés superior, principio que debía ser el principal elemento que considerar por parte del juez.

Principio de corresponsabilidad parental

La Constitución de la República del Ecuador establece que se promoverá la maternidad y paternidad responsables, es decir, que tanto el padre como la madre tienen obligaciones respecto de la crianza, cuidado, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de los hijos, especialmente cuando exista separación. Igualmente, el Estado busca la corresponsabilidad parental para que el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos sean recíprocos (Constitución de la República, 2021, art. 69.1). Y, el artículo 83 de la misma norma establece como deber de la población ecuatoriana la corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción respecto a asistir, alimentar, cuidar y educar a los hijos.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, este principio se encuentra en el artículo 100 que menciona iguales responsabilidades de los padres en cuanto a la crianza, cuidado, desarrollo holístico y protección de sus hijos. Barcia (2013) menciona que los ordenamientos jurídicos, en derecho comparado, han evolucionado debido a que pasaron de asignar facultades y derechos de forma exclusiva a uno de los progenitores, a aplicar el interés superior del niño y determinar como regla general facultades y derechos compartidos, expulsando así la preferencia materna y estableciendo mecanismos que permitan a los padres participar activamente en el desarrollo de sus hijos, en un plano de igualdad.

Por consiguiente, considero que la no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad no vulnera el principio de corresponsabilidad parental que ha sido analizado en este proyecto investigativo en derecho comparado, debido a que este principio constitucional busca que hombres y mujeres compartan progresivamente ámbitos que históricamente ejercían exclusivamente uno u otro.

Además, que ambos progenitores sean parte activa de las decisiones que afectan a sus hijos menores no emancipados, aun estando separados, es beneficioso para la niñez y adolescencia, pues la preocupación fundamental de ellos será el interés superior del hijo. Es

por ello que, los países analizados han reformado sus legislaciones para adecuar el ejercicio de la patria potestad a satisfacer los derechos de los más vulnerables de la familia, los niños, dejando atrás una preferencia parental.

2.3 Hipótesis

La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad sí incide en el interés superior del niño.

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

En el presente trabajo investigativo denominado "La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño, en Derecho Comparado" se utilizaron varios métodos, procedimientos, técnicas, instrumentos y recursos que permitieron alcanzar los objetivos planteados.

3.1 Unidad de análisis

La unidad de análisis se ubica en la República del Ecuador, Provincia de Chimborazo, Cantón Riobamba, lugar donde se recabó la información primaria para determinar la incidencia de la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad en el interés superior del niño.

3.2 Métodos

En el desarrollo de la investigación se utilizaron los siguientes métodos:

3.2.1 Método histórico-lógico: Se realizó un análisis cronológico del problema objeto del trabajo investigativo, la evolución de la normativa ecuatoriana sobre las reglas para otorgar la patria potestad con la finalidad de conocer los momentos históricos en que se ha incluido y excluido la preferencia materna.

3.2.2 Método jurídico-doctrinal: Se realizó un análisis e identificación del problema jurídico a investigarse a través de la recolección de diversas fuentes doctrinarias sobre la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad, recopilando aportes de juristas que permitieron el correcto desarrollo del presente trabajo investigativo.

3.2.3 Método jurídico-analítico: Debido a que el Código de la Niñez y Adolescencia se ha reformado en diversas ocasiones para adecuar su contenido normativo a la Constitución de la República del Ecuador para garantizar el cumplimiento de derechos y principios como el derecho de igualdad y el principio de corresponsabilidad parental, este método permitió analizar si la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad tiene incidencia en el interés superior del niño como principio fundamental a considerarse en toda decisión que afecte a niños, niñas y adolescentes.

3.2.4 Método inductivo: Al analizar las reglas para otorgar el ejercicio de la patria potestad en relación a la preferencia materna, se estableció si incide en el interés superior del niño.

3.2.5 Método analítico: A través de un estudio y análisis de las características del otorgamiento de la patria potestad en relación con la preferencia materna se pudo emitir criterios que deriven en conclusiones específicas sobre el trabajo de investigación para

determinar los efectos jurídicos que causaría la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad en los derechos del niño.

3.2.6 Método descriptivo: Se pudo establecer si la no preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad incide en el interés superior del niño a través del análisis de las cualidades y características del problema de investigación, evaluando las características del tema en uno o más puntos del tiempo.

3.2.7 Método de comparación jurídica: Se realizó un estudio comparativo del ordenamiento jurídico nacional con la normativa legal de países latinoamericanos para determinar la existencia o no de la preferencia materna en el otorgamiento de la patria potestad, así como la relevancia y relación con el interés superior del niño.

3.3 Enfoque de la Investigación

Enfoque cualitativo.- El enfoque que se utilizó en el presente trabajo investigativo es el cualitativo en virtud de que permite tener una idea general sobre el problema planteado, no se requirió de medición numérica y, a través de los resultados, se describió las cualidades del problema jurídico objeto de estudio.

3.4 Tipo de Investigación

Por los objetivos que se pretende alcanzar, la presente investigación es de tipo básica, documental-bibliográfica, de campo, analítica y descriptiva.

3.5 Diseño de Investigación

Por la naturaleza y complejidad de la investigación es de diseño no experimental, porque se investigó el problema en su contexto, sin que exista manipulación intencional de variables.

3.6 Población y muestra

La población implicada en la presente investigación está comprendida en la siguiente tabla

TABLA 1: Población

Población	Número
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba	5
Abogados en el libre ejercicio de la profesión	5
Padres y madres de familia	10
Total	20

Fuente: Población para la ejecución de la investigación

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Respecto de la muestra, la población no es extensa, por tal razón no existió la necesidad de obtener una muestra porque se trabajó con todos los involucrados.

3.7 Técnicas e instrumentos de investigación

Para la recopilación de la información se aplicaron las siguientes técnicas e instrumentos:

3.7.1 Técnica

La técnica de investigación en el presente trabajo es la Encuesta.

3.7.2 Instrumento de investigación

Para aplicar la técnica de investigación, es necesario como instrumento de la misma una guía de encuesta que fue aplicada a la población involucrada en el trabajo investigativo.

3.8 Técnicas para el tratamiento de información

La técnica para el tratamiento de la información fue el análisis de acuerdo con la secuencia de los interrogantes de las preguntas de la encuesta aplicada a la población. La interpretación de la información se lo realizó través de la inducción, el análisis y la síntesis, para lo cual se tomó en cuenta la información recabada.

3.9 Comprobación de hipótesis

TABLA 2: Comprobación de hipótesis

Variable independiente	La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad
Variable dependiente	Interés superior del niño
Hipótesis	La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad sí incide en el interés superior del niño.
Comprobación de hipótesis	<p>Las encuestas dirigidas a los jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba permiten establecer que existía una preferencia legal hacia la madre sin algún sustento jurídico porque la influido la historia de que el hombre trabaja y la mujer que se queda en casa y cuida a los niños. Ahora, al equiparar los derechos entre hombre y mujer se hace un estudio integral del menor de edad y se salvaguarda el principio de interés superior y el de corresponsabilidad.</p> <p>Las encuestas dirigidas a abogados en el libre ejercicio de la profesión permiten determinar que el pertenecer al sexo femenino no garantiza que sea la mejor opción en favor del interés superior del niño, existen padres aptos que desean asumir las responsabilidades para con sus hijos y se debe escuchar la opinión de ellos.</p> <p>Las encuestas dirigidas a padres y madres de familia permiten señalar que prevalece una cultura y creencias relacionadas con roles de género que se ha impuesto al hombre y la mujer, sin embargo, la igualdad en cuanto a derechos y obligaciones de los progenitores, así como la búsqueda de lo que mejor convenga al niño abre camino a que el enfoque de las reglas para otorgar la patria potestad sea el menor de edad.</p>
Resultado	En consecuencia, la hipótesis sí se cumple.

Fuente: Propia

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Resultados y Discusión

Pregunta 1. ¿Está usted de acuerdo con la eliminación de la preferencia en favor de la madre en las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?

TABLA 3: Pregunta No. 1

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	14	70%
No	6	30%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en el trabajo investigativo

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

FIGURA 1: Pregunta No. 1



Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en la presente investigación

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Interpretación y Discusión de Resultados

Los resultados de la pregunta No. 1 permiten señalar que el 70% de encuestados, están de acuerdo con la eliminación de la preferencia en favor de la madre en las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, mientras que un menor porcentaje, equivalente al 30%, considera que no se debió expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma.

Entre los motivos de la población que está de acuerdo con la interrogante es que es un avance bajo la línea de la igualdad de derechos para el padre y la madre; permitiendo que los padres estén en las mismas condiciones se precaviera el bienestar e interés superior del menor porque el pertenecer al sexo femenino no es garantía de ser la mejor opción para proteger sus derechos. Históricamente se ha pensado que la madre es la obligada natural a asumir el cuidado de los hijos, sin embargo, la sociedad ha evolucionado y aquellos estereotipos de género se van eliminando. En la actualidad existen padres que también están aptos y desean asumir responsabilidades que conlleva el cuidado y desarrollo integral de los hijos.

Anteriormente el hombre tenía que probar que la madre no es la mejor, dentro del juicio el padre tenía que decir de todo en contra de ella para que se le otorgase la patria potestad o la tenencia que se basa en las reglas de la primera figura.

Entre las respuestas negativas se encuentra que la historia ha mantenido que la madre es cuidadora natural y el padre un proveedor, además que consideran que el padre no suele tener mucha implicación en la crianza de los hijos y de ello nace la necesidad de preferir a la madre porque existen sectores empobrecidos donde las mujeres se encuentran en desventaja y no tendrían los medios para acceder a un patrocinio adecuado.

Pregunta 2. ¿Considera usted que eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad permitiría el aumento de contextos de violencia contra la mujer y NNA?

TABLA 4: Pregunta No. 2

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	8	40%
No	12	60%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en el trabajo investigativo

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

FIGURA 2: Pregunta No. 2



Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en la presente investigación

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Interpretación y Discusión de Resultados

Los resultados de la pregunta No. 2 reflejan que el 60% de la población encuestada considera que no existiría aumento de contextos de violencia al eliminarse la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad; seguido del 40% que expresa sí podría aumentarse la violencia contra estos miembros de la familia.

El 60% de los encuestados dan una respuesta negativa, argumentando que la igualdad de condiciones entre los progenitores no son un detonante de actos violentos contra la mujer o los hijos, y en caso de suceder aquello el juez tiene que determinar si el padre está utilizando

a los hijos para violentar a la madre. Así, pese a que la ley deja de preferirla, de todos modos, se le otorgaría el cuidado y protección de los menores. Situaciones de violencia están presentes en la sociedad ecuatoriana con o sin la preferencia a la madre.

El 40% de los encuestados considera que es muy probable que exista violencia porque es complicado mostrar a la sociedad ecuatoriana una nueva perspectiva de familias diferentes a lo tradicional, además que la crianza en generaciones pasadas tiene rasgos machistas y el normalizar que el hombre tiene las mismas obligaciones que la mujer podría traer consecuencias de violencia dentro del hogar.

Pregunta 3. ¿Considera usted que es mejor, para el interés superior del niño, analizar caso por caso la situación concreta del menor para otorgar la patria potestad en lugar de preferir directamente a la madre?

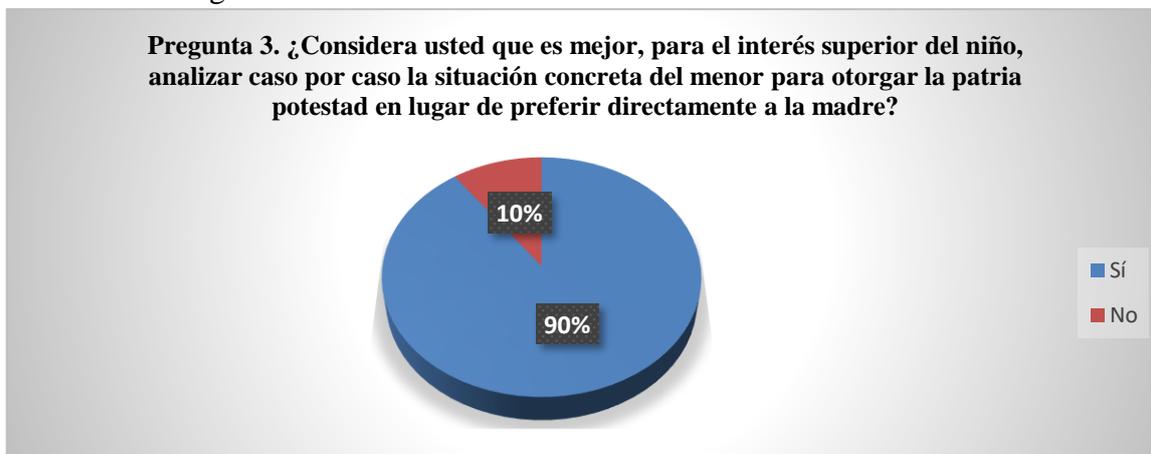
TABLA 5: Pregunta No. 3

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en el trabajo investigativo

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

FIGURA 3: Pregunta No. 3



Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en la presente investigación

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Interpretación y Discusión de Resultados

Los resultados de la pregunta No. 3 denotan una mayoría significativa por parte de los encuestados que sí consideran mejor un análisis caso por caso de la situación concreta del menor de edad que garantice su interés superior, en un 90%; mientras que un 10% de la población encuestada considera mejor el preferir directamente a la madre.

Por una mayoría del 90%, se evidencia que no se puede generalizar las condiciones en las que se está desarrollando el menor, porque los casos que conocen los jueces son análogos,

más no iguales. Se debe profundizar en aspectos de derechos de NNA antes que anticipar una preferencia que deja a un lado la realidad del día a día del menor.

Debe analizarse caso por caso, haciendo un estudio integral de derechos para después tomar una decisión. Con la preferencia a la madre, la ley presumía que todos los padres no están capacitados para el cuidado de los hijos, y que todas las madres tienen el deseo de asumir dicha responsabilidad. Sin embargo, para el 10% de encuestados se puede analizar caso por caso, pero sin dejar de preferir a la madre para protegerla en caso de separación.

Pregunta 4. ¿Considera usted que eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad vulnera derechos de niños, niñas y adolescentes?

TABLA 6: Pregunta No. 4

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	3	15%
No	17	85%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en el trabajo investigativo
Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

FIGURA 4: Pregunta No. 4



Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en la presente investigación
Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Interpretación y Discusión de Resultados

Los resultados de la pregunta No. 4 muestran que el 85% de la población de la presente investigación considera que el eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad no vulnera los derechos de niños, niñas y adolescentes, mientras que en un menor porcentaje equivalente al 15% no está de acuerdo con dicho cuestionamiento.

No se vulneran derechos de la niñez y adolescencia debido a que la igualdad de condiciones de los padres busca que el progenitor con mayor estabilidad emocional y aptitud para satisfacer el bienestar de los hijos. Se protegen los derechos del niño porque se enfocan en lo que es mejor para aquel y los padres dejan de confrontarse, pues como sucedía antes, el padre se encontraba en la posición de demostrar que la madre no sirve, que no era óptimo el

ambiente donde vive con la madre. Ahora al revisar caso por caso se garantiza el derecho a la opinión, se verifica su derecho a la identidad para que el progenitor respete la personalidad y características del niño como identidad de género o religión.

El 15% de la población que considera sí hay vulneración mencionan que se trata del derecho a la integridad personal, artículo 50 del Código de la Niñez y Adolescencia, debido a que pueden ser víctimas de violencia física o psicológica por parte de padres agresores.

Pregunta 5. ¿Considera usted que eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad vulnera derechos y/o principios constitucionales?

TABLA 7: Pregunta No. 5

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	3	15%
No	17	85%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en el trabajo investigativo

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

FIGURA 5: Pregunta No. 5



Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en la presente investigación

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Interpretación y Discusión de Resultados

Los resultados de la pregunta No. 5 permiten señalar que la mayoría de encuestados, en un 85%, están en desacuerdo con el cuestionamiento de que el eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad vulnera derechos y/o principios constitucionales, opinión contraria del 15% de la población que dio una respuesta positiva.

La quinta interrogante demuestra una similitud con su antecesora, pues denota que la mayor parte de los encuestados están de acuerdo con que no se vulnera derecho o principio alguno. El argumento se basa en que la existencia de la preferencia hacia cualquier progenitor vulnera de todos modos el principio de corresponsabilidad parental. Cuando se elimina esta preferencia permite que los padres ejerzan los mismos derechos, cumplan obligaciones de manera equitativa y tengan las mismas oportunidades para con sus hijos. La idea histórica es la madre cuidadora y el padre proveedor, la idea actual es equiparar los derechos del

hombre y la mujer. Eliminando la preferencia materna se salvaguarda el derecho a la igualdad, principio de interés superior del niño y el principio de corresponsabilidad. El 15% de los encuestados están en desacuerdo por motivos de una posible violencia a la madre.

Pregunta 6. ¿Considera usted que una decisión judicial a partir de prejuicios, estereotipos o creencias sobre la capacidad e idoneidad parental para garantizar el desarrollo del niño asegura su interés superior?

TABLA 8: Pregunta No. 6

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	2	10%
No	18	90%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en el trabajo investigativo

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

FIGURA 6: Pregunta No. 6



Fuente: Encuesta dirigida a la población involucrada en la presente investigación

Autora: Xiomara Alejandra Arias Donato

Interpretación y Discusión de Resultados

Los resultados expuestos en la pregunta No. 6 demuestran que la gran mayoría de la población, equivalente al 90%, consideran que no se asegura el interés superior del niño cuando el juzgador basa su decisión en estereotipos, prejuicios o creencias sobre la capacidad e idoneidad de los progenitores, mientras que un porcentaje reducido del 10% considera que sí asegura este principio de interés superior.

Con una mayoría del 90% los encuestados dieron una respuesta negativa en la última interrogante, considerando que los administradores de justicia no pueden emitir una decisión con fundamento en su ideología de vida puesto que cada persona ha sido educada en ámbitos distintos y con figuras familiares distintas, por lo tanto, no se puede generalizar una situación por el hecho de pertenecer al sexo masculino o femenino. Los prejuicios y estereotipos nublan el buen criterio del juzgador quien debe ser imparcial para determinar el interés superior del niño. No obstante, un 10% de encuestados consideran sí se asegura este principio porque se continuaría con la preferencia a la madre y a su criterio, ella es naturalmente idónea para la protección y cuidado del menor.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

1. La no preferencia materna en las reglas para otorgar la patria potestad incide en el interés superior del niño porque, anteriormente, a la niñez y adolescencia se la consideraba como objeto de protección y el otorgamiento de la patria potestad se enfocaba en el adulto y no en lo mejor y más conveniente para el desarrollo del menor de edad, con la aplicación de su interés superior la patria potestad se limita a ser otorgada al progenitor con mayor aptitud e idoneidad, madures psicológica y emocionalmente suficiente para satisfacer las necesidades físicas, emocionales y educativas de sus hijos. Esta concepción de protección al menor se ha implementado en los países analizados en la presente investigación, Colombia, Argentina, México y Chile, que al igual que Ecuador se ha eliminado la preferencia en favor de un progenitor y se pasa a analizar cada caso cuyas decisiones le afectan.
2. La preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad nace del Derecho Natural y de que históricamente se la ha considerado como cuidadora natural de los hijos y al padre como proveedor de la familia. La realidad actual se caracteriza por reformas legales que eliminan dicha preferencia y posiciona a ambos progenitores en las mismas condiciones. En Derecho Comparado, se establece que en Colombia, Argentina, Chile, México y Ecuador no existe actualmente preferencia hacia ningún progenitor como consecuencia de la aplicación del principio de corresponsabilidad parental y el interés superior del niño al fundarse la decisión judicial en la opinión del menor, la relación con los padres antes de la separación, el vínculo afectivo formado, la identidad del menor, así como cualquier daño que puedan sufrir para descartar existencia de violencia o amenazas.
3. El interés superior del niño es fundamental en el análisis realizado en los procesos judiciales porque garantiza el pleno ejercicio de sus derechos. Para determinar que se cumple con este principio se analizan elementos como la opinión, el estado del ejercicio de los derechos del niño, los hechos del posible riesgo de estos derechos y la norma jurídica a aplicarse que más favorezca la protección integral del menor. Este principio exige un compromiso de colaboración entre los progenitores con el objetivo de resolver controversias observando lo que mejor convenga al menor y no a los padres.
4. En cuanto a las posibles vulneraciones a derechos y principios constitucionales con la eliminación de la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad, se concluye que no se vulnera derecho o principio alguno. Entre los derechos del niño se encuentran el desarrollo integral, preservación del entorno familiar, la opinión y ser consultados en asuntos que les afecten, identidad, integridad física y psíquica, mismos que no se vulneran porque el enfoque actual es el interés superior del niño antes que una preasignación sin análisis de cada caso de manera individual. Igualmente, el derecho a la igualdad y no discriminación, principio de corresponsabilidad parental e interés superior del menor se garantizan con esta eliminación porque la carga de la prueba se fundamentará en los aspectos positivos de los progenitores y no en que la madre es desnaturalizada.

5.2 Recomendaciones

1. Se debe dar un seguimiento a las reformas legales respecto de las reglas para otorgar la patria potestad debido a que tiene consecuencias en la aplicación y protección del interés superior del niño, debiéndose el Estado, la sociedad y la familia tener como prioridad este principio en favor de la niñez y adolescencia, lo que permitirá el desarrollo de una cultura igualitaria y protectora de este grupo de atención prioritaria.
2. Con la finalidad de ampliar el alcance del estudio comparado, es necesario que se realicen futuros proyectos de investigación que implique ordenamientos jurídicos de más países, no solo latinoamericanos, lo que facilitará un contraste normativo de la concepción y protección de la niñez y adolescencia en distintos países y poder determinar qué tanto influye el trasfondo histórico de los roles de género.
3. Es importante una capacitación constante y actualizada de los administradores de justicia para que determinen el interés del niño de manera efectiva en cada caso que avoquen conocimiento, así como también los abogados en el ejercicio de la profesión quienes deben conocer y comprender qué elementos se analizan para que la decisión judicial se fundamente en el interés superior del niño con el objetivo de que la asesoría y patrocinio legal prestada a los padres de familia sea consciente de las consecuencias en los hijos y se deje atrás el favorecer los intereses de los adultos.
4. Se recomienda que el ámbito normativo y de aplicación de las reglas para otorgar la patria potestad, esto es el legislativo y los operadores de justicia, no agoten esfuerzos por evitar la vulneración de derechos de la niñez y adolescencia, así como derechos y principios constitucionales, debido a que la creación y aplicación del ordenamiento jurídico van de la mano y el Estado tiene la obligación de precautelar el pleno desarrollo y goce de los derechos de los niños y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), 21-59.
- Acuña, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 55-77.
- Araúz, N. (2016). La tenencia y patria potestad del menor de edad que no ha cumplido doce años y la debida aplicación al artículo 106, numeral dos del Código de la Niñez y la Adolescencia de la legislación ecuatoriana en el período 2015, del Distrito Metropolitano de Quito, sector La Mariscal. [Tesis de Pregrado, Universidad Central del Ecuador]. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/6571>
- Barcia, R. (2013). Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(1), 21-60.
- Bécar, E. (2020). El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho Internacional y en el Derecho interno. *Actualidad Jurídica*, 526-580.
- Bermeo, F. & Pauta, W. (2020). Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, 5(8), 1114-1133.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (18 de diciembre de 1979). <https://www.refworld.org/es/docid/5bf30d844.html>
- Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989). <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>
- Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 1158-17-EP: Caso Garantía de la motivación. Sentencia No. 1158-17-EP/21
- Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 28-15-IN: Acción pública de inconstitucionalidad. Sentencia No. 28-15-IN/21
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2019). El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad humana: Soporte teórico. <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2345/1/AD-DPE-006-2019.pdf>
- Domínguez, J. (2008). Derecho civil. Familia. México.
- Durán, M. & Durán, A. (2012, 16 de enero). Relaciones Paterno Filiales. Derecho Ecuador.
- Fiallos, J. (2018). Patria potestad y vínculos afectivos en los adolescentes de primero de bachillerato de la Unidad Educativa “Mario Cobo Barona” del cantón Ambato. [Tesis de Pregrado, Universidad Técnica de Ambato]. <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/27115>
- Galindo, I. (2009). Derecho civil. primer curso. Parte general. Personas. Familia. México.

- Gómez, 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.
- Heredia, J. (2017). La preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el principio de corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República Del Ecuador [Tesis de Pregrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/9537>
- Observación General N° 14. (2013). Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.G.C.14_sp.pdf
- Pérez, M. (2010). Derecho de familia y sucesiones. *Cultura Jurídica*
- Pleno del Consejo de la Judicatura. (2021). Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño en los procesos judiciales. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%202021.pdf>
- Rangel, S. (2019). La custodia compartida en Colombia. [Tesis de Grado, Universidad Santo Tomás, Colombia]. <http://dx.doi.org/10.15332/tg.pre.2019.00353>
- Rodrigo, M. (2015). Preservación familiar y parentalidad positiva: dos enfoques en convergencia. *Revista de Treball Social*. 36-47.
- Rodríguez, E., Cáceres, N., Agudo, J., Mesías, J., & Villafuerte, A. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Universidad Y Sociedad*, 14(S1), 202-209. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2706>
- Silva, R. (2020). Fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño. [Tesis de Pregrado, Universidad de la Costa]. <https://bit.ly/3AszkRl>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Temas Selectos de Derecho Familiar. Patria potestad*.
- Zaidán, S. (2016). El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].

LEGISLACIÓN

Código Civil. Registro Oficial No 46 de 24 de junio de 2005. Última modificación: 14 de marzo de 2022. Quito: Lexis.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No 506 de 22 de mayo de 2015. Última modificación: 27 de mayo de 2022. Quito: Lexis.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 25 de enero de 2021. Quito: Lexis.

Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998.

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No 737 de 3 de enero de 2003. Última modificación: 29 de abril de 2022. Quito: Lexis.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

Guía de encuesta aplicada a Jueces de Garantías Constitucionales, abogados en el libre ejercicio de la profesión, padres y madres de familia en el Cantón Riobamba.

OBJETIVO: La presente encuesta tiene por objeto recabar información fundamental para la realización del Proyecto de Investigación denominado "La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño, en Derecho Comparado".

1.- ¿Está usted de acuerdo con la eliminación de la preferencia en favor de la madre en las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?

Sí ()

No ()

¿Por qué? _____

2.- ¿Considera usted que eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad permitiría el aumento de contextos de violencia contra la mujer y NNA?

Sí ()

No ()

¿Por qué? _____

3.- ¿Considera usted que es mejor, para el interés superior del niño, analizar caso por caso la situación concreta del menor para otorgar la patria potestad en lugar de preferir directamente a la madre?

Sí ()

No ()

¿Por qué? _____

4.- ¿Considera usted que eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria potestad vulnera derechos de niños, niñas y adolescentes?

Sí ()

No ()

¿Por qué? _____

5.- ¿Considera usted que eliminar la preferencia a la madre en las reglas para otorgar la patria vulnera derechos y/o principios constitucionales?

Sí ()

No ()

¿Por qué? _____

6.- ¿Considera usted que una decisión judicial a partir de prejuicios, estereotipos o creencias sobre la capacidad e idoneidad parental para garantizar el desarrollo del niño asegura su interés superior?

Sí ()

No ()

¿Por qué? _____

Gracias por su colaboración