

**Análisis del procedimiento jurídico para determinar la tenencia del niño, niña o adolescente a partir de la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional**

**Analysis of the legal procedure to determine the possession of the boy, girl, or adolescent based on ruling 28-15-IN/21 of the Constitutional Court**

**Magaly Nataly Aguilar-Gordon <sup>1</sup>**  
Colegio de Abogados de Pichincha - Ecuador  
mnaguilarg@ube.edu.ec

**Eva Luzmila Quinde-Narvaez <sup>2</sup>**  
Colegio de Abogados del Azuay - Ecuador  
elquinden@ube.edu.ec

**Holger Geovanny García-Segarra <sup>3</sup>**  
Universidad Bolivariana Del Ecuador - Ecuador  
hggarcias@ube.edu.ec

**[doi.org/10.33386/593dp.2025.2.3020](https://doi.org/10.33386/593dp.2025.2.3020)**

V10-N2 (mar-abr) 2025, pp 140-149 | Recibido: 23 de diciembre del 2024 - Aceptado: 14 de enero del 2025 (2 ronda rev.)

---

1 ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7140-4739>

2 ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-2450-7785>

3 ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2499-762X>

### Cómo citar este artículo en norma APA:A

Aguilar-Gordon, M., Quinde-Narvaez, E., & García-Segarra., (2025). Análisis del procedimiento jurídico para determinar la tenencia del niño, niña o adolescente a partir de la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional. 593 Digital Publisher CEIT, 10(2), 140-149, <https://doi.org/10.33386/593dp.2025.2.3020>

Descargar para Mendeley y Zotero

## RESUMEN

El propósito de este artículo fue analizar el impacto de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional en los procedimientos judiciales para determinar la tenencia de niños, niñas y adolescentes en el sistema judicial ecuatoriano, estudiando el contenido jurídico de la Sentencia 28-15-IN/21, identificando los principios constitucionales, los derechos de los niños, niñas y adolescentes que la Corte expuso en el fallo, para su correcta aplicación. La metodología aplicada fue la cualitativa cuyo objetivo fue explicar, predecir, describir o explorar el “porqué” o la naturaleza de los vínculos entre la información no estructurada. Los casos objeto de análisis se pudo evidenciar que los operadores de justicia aplicaron de forma coherente los parámetros de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional en los casos para resolver la Tenencia de los menores.

**Palabras claves:** tenencia, niño, adolescente, discriminación, respeto, interés superior.

## ABSTRACT

The purpose of this article was to analyze the impact of Judgment 28-15-IN/21 from the Constitutional Court on judicial procedures for determining the custody of children and adolescents in the Ecuadorian judicial system. It studied the legal content of Judgment 28-15-IN/21, identifying the constitutional principles and the rights of children and adolescents that the Court highlighted in its ruling for proper application. The methodology applied was qualitative, aimed at explaining, predicting, describing, or exploring the "why" or nature of the links between unstructured information. The analyzed cases showed that justice operators coherently applied the parameters set by Judgment 28-15-IN/21 in custody cases.

**Keywords:** tenencia, niño, adolescente, discriminación, respeto, interés superior.

## Introducción

En el presente artículo se investiga concretamente el Análisis del Procedimiento Jurídico para determinar la tenencia del niño, niña o adolescente a partir de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional.

La sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional representa un aporte importante en el marco jurídico de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de los procesos de tenencia en Ecuador. Este fallo clarifica y refuerza las normativas existentes, establece precedentes sobre la aplicación de los principios fundamentales como el interés superior del menor, la igualdad y la no discriminación. El análisis del procedimiento jurídico derivado de esta sentencia se centra en cómo se deben llevar a cabo los procesos judiciales para determinar la tenencia, considerando aspectos como la participación activa de los menores, la evaluación de las condiciones de vida proporcionadas por los padres, la integración de informes técnicos sociales y psicológicos. Esta revisión permite entender mejor la evolución del derecho de familia en Ecuador y su alineación con estándares internacionales de derechos humanos, así como identificar desafíos y áreas de mejora en la práctica judicial.

A partir de dicha sentencia, la Corte Constitucional establece lineamientos que buscan garantizar el respeto al principio del interés superior del niño, la igualdad de derechos entre padres, y el derecho de los menores a ser escuchados. Sin embargo, se han identificado dificultades en la implementación práctica de estos lineamientos, debido a interpretaciones diversas y a la falta de claridad en algunos aspectos procesales. El problema central que aborda esta investigación radica en analizar la aplicación del procedimiento judicial para determinar la tenencia en función de lo establecido por la Sentencia 28-15-IN/21. Se pretende identificar las posibles inconsistencias, dificultades y vacíos que puedan estar afectando la correcta protección de los derechos de los niños, niñas menores de 5 años en estos casos.

Nuestro objetivo principal es analizar el impacto de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional en los procedimientos judiciales para determinar la tenencia de niños, niñas y adolescentes en el sistema judicial ecuatoriano y examinar el contenido jurídico de la Sentencia 28-15-IN/21, identificando los principios constitucionales y los derechos de los niños, niñas y adolescentes que la Corte expuso en el fallo, para su correcta aplicación.

Corte Constitucional (2021). **Sentencia 28-15-IN/21**. El análisis del procedimiento jurídico para determinar la tenencia de niños, niñas y adolescentes a partir de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional resulta imprescindible, dada la trascendencia que esta resolución tiene en la protección de los derechos de los menores y en el cumplimiento de los principios establecidos en la Constitución del Ecuador y los tratados internacionales sobre derechos de la niñez. La determinación de la tenencia es un aspecto crucial en el bienestar de los niños, ya que influye directamente en su desarrollo emocional, psicológico y social.

La relevancia del estudio radica en el hecho de que, aunque la Sentencia 28-15-IN/21 busca garantizar un procedimiento más justo y equitativo para resolver conflictos de tenencia, su implementación ha generado interrogantes y dificultades en el ámbito jurídico y social. Existen múltiples interpretaciones de los principios y criterios introducidos por la Corte, lo que puede llevar a decisiones contradictorias o ineficaces. Es necesario evaluar cómo estas nuevas directrices afectan a los diferentes actores involucrados en los procesos de tenencia, desde los jueces hasta las familias, y qué ajustes podrían realizarse para mejorar su aplicación.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, define a la tenencia, manifestando que es una institución jurídica destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, cuando se produce una separación de hecho. En caso que los padres no lleguen a un acuerdo, la tenencia la resolverá el Juez de Familia. Este mismo derecho corresponde también a los convivientes.

## Método

De acuerdo con Maanen 1983, el método cualitativo puede ser visto como un término que cubre una serie de métodos y técnicas con valor interpretativo que pretende describir, analizar, descodificar, traducir y sintetizar el significado, de hechos que se suscitan más o menos de manera natural. Posee un enfoque interpretativo naturalista hacia su objeto de estudio, por lo que estudia la realidad en su contexto natural, interpretando y analizando el sentido de los fenómenos de acuerdo con los significados que tiene para las personas involucradas. Es decir, las metodologías cualitativas no son subjetivas ni objetivas, sino interpretativas, incluye la observación y el análisis de la información en ámbitos naturales para explorar los fenómenos, comprender los problemas y responder las preguntas. El objetivo de la investigación cualitativa es explicar, predecir, describir o explorar el “porqué” o la naturaleza de los vínculos entre la información no estructurada. El objetivo de la investigación cualitativa es el proceso inductivo en lugar del resultado deductivo. Los datos objetivos de la investigación cualitativa proporcionan información no sobrecargada, por lo tanto, como investigadores hemos aplicado el método cualitativo-inductivo en la presente investigación a través de la recopilación de información mediante el estudio y análisis de casos resueltos, sentencias, jurisprudencia, leyes, doctrina jurídica con el objeto de realizar un análisis exhaustivo del procedimiento jurídico para encargar la tenencia a la madre o padre conforme a los parámetros determinados en la Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Nacional.

Con el método cualitativo-inductivo empleado en la investigación se pretende entender al objeto que se estudia, comprender las causas y destacar las motivaciones subyacentes mediante un proceso de análisis e inducción basados en datos reales y pronunciamiento de profesionales especializados en temas de niñez, a más de detectar el procedimiento jurídico para encargar la tenencia a la madre o padre que exige la Corte Nacional.

## Desarrollo

Según Bermeo (2023) define a la Tenencia Judicial de un menor con base en sus derechos: “La tenencia es el cuidado o protección que lo tiene uno de los padres, u otro familiar cercano, de un niño, niña o adolescente, encargado de velar por su integridad educacional y psicológica en el marco de sus derechos establecidos en la constitución e instrumentos internacionales, a quien se le ha otorgado esta facultad por asignación judicial o por convenio entre los padres” (p. 369).

Entonces podemos decir que la Tenencia siendo una institución utilizada entre padres e hijos, ya que, en caso de separaciones o divorcios, los padres luchan por la seguridad, protección y sobre todo el cuidado de los niños bajo el amparo de uno de ellos, y así mantener su desarrollo, pero para obtener esta tenencia debe ser autorizada por un juez, velando por el interés superior del niño.

El tratadista Aguirre (2006) asegura que la tenencia debe tener características propias que son las siguientes:

*Debe ser libre y espontánea, o sea que nadie le puede obligar a que presente la petición o la demanda de tenencia a los jueces de la Niñez y Adolescencia, ya que esta debe nacer de la persona, quien desea obtener la tenencia de un menor;*

*No debe ser remunerada; si esta es libre y espontánea mal podríamos estar pensando de que el otro padre o sus familiares deban pagar a quien obtiene la tenencia, para los cuidados y la protección del mismo, puede hacer uso de los frutos que produzcan ciertos bienes para la supervivencia de los menores;*

*Es un derecho que tienen todas las personas; refiriéndose a quienes tienen parentesco con los menores, por quienes se solicita dicha tenencia, ya que no se puede pedir la tenencia de un menor que no tenga un laso sanguíneo, toda vez que para ello existe*

*otra institución jurídica como, por ejemplo: la colocación familiar;*

*Es única ay que puede solicitarlo el otro cónyuge, o los parientes que son casados, o los parientes solteros, no pudiendo solicitar la tenencia: Instituciones públicas ni privadas ni alguna otra institución especial;*

*Está dirigida única y exclusivamente para los menores de edad, no pudiéndose extender a los mayores de edad, ni a los alineados mentales y con incapacidades de cualquier índole;*

*Solo los familiares pueden solicitar la tenencia, y no existen impedimentos legales como es el caso de las guardas, que por el cargo que ocupan, no puede solicitar la misma. (p. 33). Esta tenencia que se otorga a uno de los padres, en cualquier momento será modificada, es así como lo establece el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre la tenencia. Las resoluciones sobre la tenencia no causan ejecutoria. El juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata de cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.*

La tenencia se puede establecer por acuerdo voluntario o por resolución del juez de familia. Puede estar o no acompañada de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad. La tenencia, por tanto, es la figura legal que permite mantener continuidad en el contacto entre los hijos e hijas y sus progenitores cuando estos viven separados. Es obvia la necesidad de que los hijos puedan mantener una relación con sus progenitores después de la separación de sus padres, algo fundamental para su desarrollo personal y estabilidad psicológica.

La institución de tenencia es equivalente a la guarda o custodia de otras legislaciones, ya que esta se refiere al cuidado físico del hijo o

hija y los derechos deberes que se derivan de esta situación.

Según Pérez (2020) “la tenencia de menores debe considerar el bienestar del niño”.

La tenencia de los niños siempre resulta un tema delicado de abordar ya que se centra principalmente en el bienestar y normal desarrollo de los menores, considerando principalmente la estabilidad emocional y física. Antes de la publicación de la Sentencia **28-15-IN/21 de la Corte Constitucional la preferencia para otorgar la tenencia era a la madre, pero en la actualidad ya ha sido declarada como inconstitucional, debido a que se evidencia la discriminación, limitando también el crecimiento pleno del niño al no considerar adecuadamente la igualdad de sus progenitores.**

“La tenencia de menores, se concluye que el bienestar del niño es primordial y que las decisiones deben ser tomadas considerando su desarrollo emocional y social.” (Pérez, 2020; Gómez, 2019).

Un principio fundamental en el derecho familiar sin duda es el bienestar del menor como prioridad y esto lo refleja la tenencia hacia uno de los progenitores cuando se encuentran separados. Por tal razón que hoy en día las decisiones de la tenencia de los hijos no solo los operadores de justicia deben considerar aspectos legales sino también financieros, para no afectar el desarrollo social y emocional del niño. Sin lugar a dudas el entorno en el que crece el menor influye en su salud mental, su desarrollo mental y sus relaciones interpersonales a largo plazo. Motivo por el cual los encargados de resolver procesos de tenencia verifican y ponen su atención en factores como el ambiente en el que creció el menor, su estabilidad emocional y la continuidad de vínculos significativos es decir de cual progenitor es el que ha pasado más presente en las actividades de los menores.

Para Wallertein y Blakeslee (2012) la tenencia de los hijos de familia es un: Supuesto, que cuando evocamos la palabra tenencia es porque

entre padres e hijo se verifica efectivamente una convivencia total o parcial. Sin embargo, se ha de determinar doctrinariamente algunos sentidos como el legal para la adquisición de la patria potestad, la tenencia física del menor que no guarda relación únicamente con el cumplimiento del deber recaído en uno solo de los progenitores. (p.53)

Este autor muy acertadamente manifiesta que la tenencia se refiere claramente a la convivencia que deben tener los menores con uno de sus progenitores, sin lugar a duda tomando en consideración el interés superior del menor principio fundamental que se encuentra consagrado en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que aplicando tal principio se garantiza el bienestar del niño.

Así mismo, la legislación española precisamente en el Código Civil español, hace referencia a la tenencia y señala que la tenencia de los menores se refiere al derecho y la responsabilidad de cuidar y tomar decisiones sobre un niño o adolescente, generalmente luego de una separación o divorcio de los padres. Aspecto principal de la tenencia de menores es sin duda el interés superior del niño, un principio que busca garantizar el bienestar y desarrollo integral en cualquier decisión relacionada con su crianza.

Por otra parte, Benjamín Aguilar Llanos en su artículo La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida manifiesta sobre la tenencia lo siguiente: Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad.

Aguilar Llanos nos señala que la tenencia es sin duda la convivencia de los padres con sus hijos, es decir la relación, el apego y sus responsabilidades ejerciendo sus derechos y cumplimiento de deberes para con sus hijos, ejerciendo la patria potestad, patria potestad que el conjunto de deberes y derechos de los padres sobre sus hijos menores de edad no emancipados

Ahora bien, con la Sentencia No. 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional, se aclara algunas dificultades que presentaba el Código de la Niñez y la Adolescencia, como para el ejercicio de la tenencia o patria potestad, no puede estar solamente subordinada a la madre, como el encargo de la tenencia no puede estar subordinado a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior del niño, niña o adolescente, por lo que la sentencia en estudio establece trece parámetros para evaluar el encargo de la tenencia de los niño, niña o adolescente a la madre o padre, con el fin de garantizar sus derechos primando el interés superior de los niños, niñas o adolescentes sin que los jueces o juezas puedan fundar sus decisiones basados en el género de los progenitores o en la capacidad económica o qué si unos tienen mayor jerarquía que otros, siendo los siguientes:

*Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.*

*Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.*

*Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica, patrimonial y vicaria.*

*Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las*

*rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.*

*Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.*

*Se respetará la identidad de NNA.*

*Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.*

*Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.*

*Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.*

*Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.*

*Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de NNA que sirva para determinar su interés superior.*

*Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.*

*xiii. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros antes referidos.*

Ahora veamos el análisis de un caso concreto de Incidente de Tenencia tramitado en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Portoviejo, No. 13204-2017-00273, mediante el cual la jueza previo a la análisis exhaustivo de la prueba y sobre todo el

haber escuchado a los tres menores de la edades 13, 11 y 9 años, declara con lugar la demanda, concediendo la tenencia, cuidado y protección de los menores a su progenitor, quien ha demostrado mayor estabilidad para su cuidado, crianza y manutención, cumpliéndose principalmente con la opinión, deseos y emociones de los menores conforme al primer parámetro establecido en la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional.

En otro caso específico tramitado en la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Bolívar, No. 13313-2022-00505, la demanda de tenencia planteada por el progenitor le es declarada sin lugar otorgándole la tenencia de las menores a su madre, quien ha demostrado cuidado y protección a sus hijas, siendo la persona más idónea para estar a cargo de las menores de 15 y 9 años, en el presente caso, el administrador de justicia ha aplicado íntegramente cada uno de los parámetros para evaluar el encargo de la tenencia de las menores a su progenitora, en especial ha valorado la opinión de las menores de acuerdo con sus edades y ha analizado sus entornos para tomar una decisión que determina su interés superior.

Por otra parte la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 239-17-EP/22, concluye en la decisión impugnada que los jueces accionados de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas no tomaron en consideración el interés superior de la niña y los niños involucrados, ni escucharon su opinión ordenando la entrega inmediata de los tres menores de edad a su madre, cuando *no deben partir de consideraciones relativas al derecho de un progenitor a permanecer con sus hijos e hijas o al sexo de uno de los progenitores, sino que tales decisiones deben adoptarse, a partir de la consideración de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, a la luz de los parámetros antes referidos que deben ser aplicados en los procesos de menores de edad*, por lo que los administradores de justicia vulneraron el principio del interés superior de la niña y de los niños, como derecho sustantivo y como norma del procedimiento, reconocido en el artículo

44 de la Constitución, al haber primado los derechos de la madre por sobre los derechos de los menores y sin considerar las consecuencias o repercusiones positivas o negativas en sus vidas al ser entregados de manera inmediata a su madre.

Así mismo, sobre el derecho de la niña y los niños involucrados a ser escuchados, la Corte de la revisión de la decisión judicial impugnada y del proceso evidencian que los menores de 10, 9 y 4 años de edad no fueron debidamente escuchados, es decir, que los jueces accionados debían escuchar la opinión de la niña y los niños respecto a la decisión de entregar la tenencia a su madre, puesto que ellos tenían la capacidad para dar sus propias opiniones y expresarlas en función de la madurez y desarrollo evolutivo, sin embargo, los jueces accionados adoptaron una decisión que afectaba la forma de vida, estabilidad, y las relaciones familiares de la niña y de los dos niños, puesto que debían continuar viviendo con su abuela paterna y no ser otorgado la tenencia a su progenitora, en definitiva no garantizaron el derecho de la niña y los niños a ser escuchados vulnerando el derecho reconocido en el artículo 45 de la Constitución, en relación con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

En efecto, la Corte Constitucional *ha determinado que cualquier decisión que se tome sin escuchar a los niños, niñas y adolescentes en los procesos que los afecten, carece de validez*, es decir, que los administradores de justicia con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deberán evaluar cada caso siguiendo los parámetros determinados en la Sentencia No. 28-15-IN/21 para el encargo de la tenencia a la madre o al padre.

## Discusión

En la tramitación de los procesos judiciales referentes a la tenencia siendo considerados como inconstitucionales los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, artículos en los que se priorizaba la tenencia de los menores a las madres, por ser discriminatorios y violentaban el

principio de corresponsabilidad parental; con la sentencia No. 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional, sentencia en la que aclara cuales son los parámetros que los jueces tomarán en cuenta para otorgar la tenencia de los menores ya sea su madre o padre.

Esta sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional acertadamente manifiesta los parámetros a evaluar para los casos de tenencia de los niños, niñas y adolescentes, en el que ya se manifiesta que los progenitores no serán beneficiados por su género o capacidad económica para convivir con sus hijos.

Los administradores de justicia deben decidir con imparcialidad en el momento de tomar su decisión judicial, es decir, que el juez o jueza no debe basar su decisión en prejuicios o estereotipos de género, ni en la capacidad económica de los progenitores, buscando garantizar que las decisiones no se vean influidas por factores que no son necesariamente representativos de la idoneidad de los padres para cuidar a sus hijos, promoviendo la equidad y evitando discriminaciones. El texto manifiesta los lineamientos que no deben considerarse como una lista exhaustiva o taxativa, considerando que no exista un conjunto fijo de criterios por si solo y que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes esté satisfecho. Sugiriendo que las decisiones sean flexibles y se adapten al contexto específico de cada caso.

Se enfatiza la importancia de analizar cada situación individualmente, considerando todos los elementos pertinentes sin otorgar prioridad o jerarquía a unos sobre otros. Esto apunta a una evaluación equilibrada, donde todos los factores relevantes sean valorados de manera equitativa en función del contexto particular. Esta Sentencia promueve un enfoque judicial basado en la imparcialidad, la flexibilidad y la evaluación contextual, sin priorizar factores subjetivos o específicos, y garantizando siempre el respeto al principio del interés superior del niño.

Con los parámetros expuestos en la sentencia en estudio principalmente ya no se dará

preferencia a la madre para encargar el cuidado de los menores, puesto que tanto padre como la madre pueden cuidar al menor, de la misma manera será escuchado el menor dependiendo su edad de madurez. El juez o jueza verificará el domicilio de sus padres y las actividades que comparte o suele compartir con el menor, el juez observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de los menores, considerando la edad, cuidado, protección y seguridad.

En base al análisis de casos se ha llegado a evidenciar que en los casos de los menores que no puedan dar su opinión de con cuál de sus progenitores quiere vivir, los encargados de resolver la tenencia fundan su decisión en los siguientes parámetros:

ii. Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.

iii. Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica - patrimonial y vicaria.

iv. Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.

v. Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.

vi. Se respetará la identidad de NNA.

vii. Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.

viii. Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.

ix. Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.

x. Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.

xii. Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.

Parámetros que toma en cuenta el juez para evaluar, en casos cuando el menor no pueda emitir su opinión de con quien desea vivir, y en base a los parámetros ya expuestos se resuelve el encargo de la tenencia de niños, niñas y adolescentes.

## Conclusiones

La Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional de acuerdo a los estudios de casos concretos que hemos realizado han incidido positivamente en los procedimientos judiciales para determinar la tenencia de niños, niñas y adolescentes en el sistema judicial ecuatoriano por cuanto los administradores de justicia para otorgar la tenencia de un menor a la madre o al padre debe evaluar cada caso siguiendo los parámetros determinados en la Sentencia No. 28-15-IN/21, garantizando el principio del interés superior del niño, la igualdad de derechos entre padres, y el derecho de los menores a ser escuchados de acuerdo a su desarrollo evolutivo sin embargo todavía existen vacíos para los casos en dónde los menores no pueden expresar su opinión de con cuál de sus progenitores quiere vivir por lo que los parámetros establecidos no son suficientes para que las autoridades judiciales encarguen la tenencia de los menores que aún no pueden hablar, sin embargo el contenido de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional,

es relevante y contiene un avance significativo al momento de analizar cada caso razón por la cual estos parámetros deben estar incorporados en la normativa pertinente como es el Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Código de la Niñez y la Adolescencia no contempla específicamente de manera explícita como se resuelve la tenencia de los menores de 18 años razón por la cual resulta imprescindible que los lineamientos contenidos en la Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, sean incorporados en el Código de la Niñez y la Adolescencia mediante reforma legal con el fin de que sean considerados como fuerza de ley por los operadores de justicia.

El gran impacto de la publicación de la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, en relación a los lineamientos y parámetros para que el juez resuelva la tenencia de un menor, resulta un gran aporte ya que contempla que principalmente se debe aplicar el interés superior del menor, se elimina completamente la discriminación de género, y en hora buena que los menores sean escuchados.

## Referencias bibliográficas

Constitución de la República del Ecuador (CRE). Art. 44. 20 de octubre de 2008. (Ecuador).

Corte Constitucional del Ecuador. El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-15-IN/21, H.B. Enrique; Quito, D.M., 24 de noviembre de 2021.

Código de la Niñez y la Adolescencia (CONA). Ley 100-2002. Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003. (Ecuador).

Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Ley 0. Registro Oficial Suplemento. 506 de 22-may.-2015. (Ecuador).

Código Civil (CC). Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. (Ecuador).

Bermeo Jiménez, A. (2023). *Práctica Procesal de los Derechos de la Niñez y la*

- Adolescencia Actualizado con COGEP*. Quito: Editorial El Gran Libro Jurídico.
- Aguirre, R. (2006). *La Tenencia de Menores en el Ecuador*. Quito: Gráficas Cárdenas.
- Álvarez-Gayou Jurgenson et al. (2014). *Boletín Científico Xikua: La Investigación Cualitativa*. 2(3). <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/tlahuelilpan/n3/e2.html>
- Pico Acosta, A. B. (2023). *Ciencia Latina: Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración*. <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/5729/8665>
- Aguilar Llanos, B. (2009). Dialnet: *La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida*. *Derecho & Sociedad*. 32 (191-197). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792932>
- Código Civil Español (CC). Art. 94. Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Función Judicial del Ecuador. Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Portoviejo. Proceso 13204-2017-00273, Ab. Betsy Elizabeth Farías Macías; 12 de agosto 2024.
- Función Judicial del Ecuador. Unidad Judicial Multicompetente del cantón Bolívar. Proceso 13313-2022-00505, Ab. Carmen Liliana Mendoza Intriago; 15 de agosto del 2024.
- Corte Constitucional del Ecuador. El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 239-17-EP/22, S.M. Daniela; Quito, D.M., 12 de enero de 2022.
- Convención sobre los Derechos de los Niños. Art. 12. 20 de noviembre de 1989.
- Córdova Valverde, C.M. (2022). *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Niñez y la Adolescencia para regular la tenencia*. Resolución CAL-20212023-500. *Defensoría del Pueblo. (Ecuador)*. <https://lc.cx/dbDZbk>