

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

PERSPECTIVAS NORMATIVAS Y EN POLÍTICAS PÚBLICAS POST-SENTENCIA DE DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE PREFERENCIA MATERNA EN LA CUSTODIA DE LOS NNA

AUTORA: CRISTINA VALERIA CRESPO CANO

DIRECTOR: DR. SALIM MARCELO ZAIDÁN ALBUJA

Quito, D.M., 2023

DEDICATORIA

A mis padres Amparito y Fabricio, este mi primer proyecto de investigación es fruto de su increíble enseñanza hacia mí, por formarme de mil y una formas, porque de ustedes lo que nunca me ha faltado es el amor.

A mi querida tía Pini, sé bien que ahora eres un ángel que me cuida en el cielo, nos volveremos a ver, mientras tanto estarás conmigo en cada paso que dé, con todos aquellos sabios consejos que me diste los mantendré presentes toda mi vida.

A Saotome, mi mejor amiga, mi hermana y alma gemela, por siempre estar, realmente eres the most beautiful moment in life.

A mis amigos Fati, Nohe, Romi, Vivi, Karen, Ariel y Marco, su amistad es mi motor de vida, agradezco que la universidad me haya dado a ustedes, mis compañeros de aventuras, sinceramente esta etapa no sería la misma sin ustedes. Han sido mi lugar seguro en estos cuatro años y sin dudarlo seguirán siéndolo en mi futuro. Los amo con lo más profundo de mi alma.

A todos los NNA, ustedes son luz en el mundo, merecen todo el amor, respeto y protección, siempre estaré en pro de la lucha social en favor de la defensa de sus derechos.

Y, sobre todo a mí misma, a mi niña interior por seguir en pie, no dudar de mis capacidades, seguir mis sueños y alcanzarlos.

AGRADECIMIENTO

A mis padres Amparito y Fabricio que son el eje fundamental de mi vida, personas admirables, quienes mediante su ejemplo de vida me han inculcado valores y enseñanzas que me hacen la persona que soy ahora, sobre todo por su amor, afecto y entrega les agradezco eternamente y me considero privilegiada por tener progenitores como ustedes.

A David, mi ñaño por siempre estar para mí, ser leal y el mejor hermano mayor.

A mi familia, en especial mis Abuelitas Alicias, mis segundas madres, mujeres luchadoras, valientes, preciosas, que me han dado sus grandiosas enseñanzas sobre como ser humana, en todo el sentido de la palabra.

A aquellos docentes que con sus conocimientos tanto académicos, profesionales como personales supieron guiarme y formarme para el ejercicio de esta maravillosa profesión

Al Dr. Salim Zaidán, tutor del presente trabajo de investigación por su paciencia y dedicación en la guía y dirección del mismo,

A mis mujeres del alma mía, Dome, Dani, Valen, porque citando a mi amada Pizarnik "Soy mujer. Y un entrañable calor me abriga cuando el mundo me golpea. Es el calor de las otras mujeres, de aquellas que hicieron de la vida este rincón sensible, luchador, de piel suave y corazón guerrero."

A Nena, mi gatita, su dulzura y ternura me acompañaron a lo largo de todo este proceso.

ÍNDICE

ABREVIATURAS 5
RESUMEN 6
ABSTRACT 7
SECCIÓN 1: CONCEPTUALIZACIONES PRELIMINARES Y SENTENCIA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE PREFERENCIA MATERNA DE CUSTODIA DE NNA 8
1. Marco conceptual 8
1.1. Doctrina de Protección Integral 8
1.2. Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia 9
1.3. Principios Doctrina Protección Integral 10
1.4 ¿Cómo se constituyen las familias? 12
1.5 Corresponsabilidad paternal 13
1.6 ¿Qué ocurre cuando los padres se divorcian o separan?: Situación jurídica NNA 15
2 Declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna Sentencia no. 28-15in/21 16
2.1 Contexto y antecedentes 16
2.2 Análisis problemas jurídicos encontrados 17
2.3 Votos salvado y concurrente 21
2.4 Cambios relevantes en la sentencia 22
2.5 Crítica a las disposiciones hacia diversas entidades estatales y medidas adicionales para la protección de los derechos de NNA 26
SECCIÓN 2: SITUACIÓN JURÍDICA DE LA FIGURA DE "TENENCIA", ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY COPINA 27
2.1 Legislación ecuatoriana respecto a la tenencia 27
2.2. Cambios propuestos por el Proyecto de Ley COPINA en relación a la custodia. 28
2.3 Tipos de custodia 31
Custodia compartida 33
2.4 Vida práctica y profesional de abogados especializados en la materia 35
SECCIÓN 3: IMPLEMENTACIÓN DE LA CUSTODIA: LECCIONES DE LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN POLÍTICAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA Y PROPUESTAS PARA EL ECUADOR 37
3.1. La custodia en el Derecho Comparado: experiencias y lecciones 37
3.2. Factores que influyen en la implementación de custodia en la región 41
3.2.1 Corresponsabilidad parental: trabajo doméstico y de cuidados 41
3.2.2 Síndrome de Alienación parental 41
3.2.3 Paternidad activa e igualdad de género 42
CONCLUSIONES 45
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 47

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCE	Corte Constitucional de Ecuador
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONA	Código de la Niñez y Adolescencia
COPINA	Proyecto de ley "Código Orgánico para la protección integral de niñas, niños y adolescentes"
CRC	Comité de los Derechos del Niño (por sus siglas en inglés)
CRE	Constitución de la República del Ecuador
DDN	Declaración de los Derechos del Niño
ISN	Interés Superior del Niño
NNA	Niños, niñas y adolescentes
SAP	Síndrome de Alienación Parental
SNDPINA	Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia

RESUMEN

En Ecuador, en el año 2021, la Corte Constitucional (CCE) emitió la Sentencia No. 28-15-IN, declarando inconstitucional la preferencia materna en la mal llamada "tenencia" de niñas, niños y adolescentes. A pesar de esta decisión, aún no se tiene un marco regulatorio al respecto, generando inseguridad jurídica y una falta de protección integral para los niños, niñas y adolescentes. Todo ello en virtud de que la normativa sigue desactualizada y, no existen planes, programas y proyectos en pro de su implementación. Para abordar este asunto, la presente investigación se basa en el análisis doctrinario, legislativo, jurisprudencial, y en políticas públicas de la materia, así como perspectivas de profesionales en el ámbito práctico. Se incorporan elementos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como aspectos del derecho de otras naciones, tanto de América Latina como de Europa, con el fin de destacar distintas perspectivas y contextos legales. La presente investigación tiene tres secciones: En la primera parte, se exponen aspectos teóricos que facilitarán la comprensión de conceptos y el alcance del reconocimiento legislativo de la figura de "tenencia". En la segunda, se analiza críticamente a la Sentencia de la Corte y a la propuesta de ley al Código de la Niñez y Adolescencia, abordando la problemática social y jurídica que se relaciona con el tema, además de destacar la importancia de su implementación haciendo que siempre prime el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En la tercera, se realiza una comparación entre la normativa y las políticas públicas de distintos países que se refieren a factores relacionados a la implementación de la tenencia, como la alienación parental; además de proponer soluciones para mejorar el sistema de niñez y adolescencia en Ecuador. Se examina la figura de la custodia más allá de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, con el propósito de exponer una problemática tanto legal como social, señalando las deficiencias que dificultan la correcta implementación de ella.

PALABRAS CLAVE: custodia, tenencia, principio del interés superior del niño, alienación parental, estereotipos de género

ABSTRACT

In Ecuador, in 2021, the Constitutional Court (CCE) issued Ruling No. 28-15-IN, declaring unconstitutional the maternal preference in the so-called "custody" of children and adolescents. Despite this decision, there is still no regulatory framework in this regard, generating legal uncertainty and a lack of comprehensive protection for children and adolescents. This is due to the fact that the regulations are still outdated and there are no plans, programs and projects for their implementation. To address this issue, this research is based on doctrinal, legislative and jurisprudential analysis, and on public policies on the subject, as well as the perspectives of professionals in the practical field. Elements of the Ecuadorian legal system is incorporated, as well as aspects of the law of other nations, both in Latin America and Europe, in order to highlight different perspectives and legal contexts. This research has three sections: In the first part, theoretical aspects that will facilitate the understanding of concepts and the scope of the legislative recognition of the figure of "tenancy" are presented. In the second, a critical analysis is made of the Court's decision and the proposed law to the Código de la Niñez y Adolescencia, addressing the social and legal problems related to the issue, in addition to highlighting the importance of its implementation, always prioritizing the principle of the best interests of children and adolescents. In the third section, a comparison is made between the regulations and public policies of different countries that refer to factors related to the implementation of custody, such as parental alienation, in addition to proposing solutions to improve the system of childhood and adolescence in Ecuador. The figure of custody is examined beyond legislation, doctrine and jurisprudence, with the purpose of exposing both legal and social problems, pointing out the deficiencies that hinder its correct implementation.

KEY WORDS: custody, tenancy, best interest of the child principle, parental alienation, gender stereotypes.

SECCIÓN 1: CONCEPTUALIZACIONES PRELIMINARES Y SENTENCIA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE PREFERENCIA MATERNA DE CUSTODIA DE NNA

1. Marco conceptual

1.1. Doctrina de Protección Integral

La Doctrina de Protección Integral entra en vigencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), tratado internacional el cual cambió el paradigma respecto al tratamiento que les daban a niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos ya como sujetos de derecho. Justamente esta doctrina se la opone a la Doctrina de la Situación Irregular, la cual prevaleció en el ámbito del Derecho de Familia y en la legislación de la mayoría de los países de América Latina. La Doctrina de la Situación Irregular se utilizó como excusa para vulnerar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes al considerarlos como meros "objetos" legales, con menos derechos, garantías y responsabilidades que los adultos, y promoviendo modelos de atención que eran discriminatorios y excluyentes para ellos.

La Doctrina de Protección Integral se enfoca en el interés superior del niño (ISN) y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza. (Campos, 2009).

Entonces podemos colegir que la Doctrina de Protección Integral es el conjunto de normas e instrumentos jurídicos y doctrinas elaboradas para la protección de derechos humanos, lo esencial radica en aceptar a los niños y adolescentes como sujetos de derechos, junto con la responsabilidad compartida del Estado, la familia y la sociedad para salvaguardar sus derechos.

En Ecuador al respecto la Constitución de la República establece lo siguiente:

> Art. 175.- Los NNA estarán sujetos a una legislación y una administración de justicia especializada. así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores. (CRE, 2008)

Lo antes dicho significa que, nuestra Constitución va más allá de la antigua Doctrina de la Situación Irregular y, utiliza a la Doctrina de Protección Integral, los NNA son reconocidos como sujetos de derechos: significa que están en igual condiciones que las personas adultas y su tratamiento es especial. Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) fue

promulgado en el año 2003 y, si bien si incorpora a la Doctrina de Protección Integral no lo hace de manera actualizada y acorde a la CRE.

1.2. Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia

El SNDPINA es un sistema descentralizado a nivel nacional que busca proteger a los niños y adolescentes en Ecuador. Consiste en una coordinación entre organismos y servicios tanto públicos como privados del Estado, tal como se establece en el Artículo 190 del CONA. Sus funciones abarcan la definición, ejecución, control y evaluación de políticas, planes, programas y acciones con el objetivo de garantizar la protección integral de esta población. (CONA, 2003).

De acuerdo con la Constitución de la República al respecto establece lo siguiente:

> Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.
>
> La protección integral funcionará a través de sistemas especializados, de acuerdo con la ley. Los sistemas especializados se guiarán por sus principios específicos y los del sistema nacional de inclusión y equidad social.
>
> El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias. (CRE, 2008)

Podemos razonar entonces que nuestra Carta Magna establece la responsabilidad del Estado de velar por la protección integral de sus habitantes, especialmente de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. El artículo destaca la importancia de los sistemas especializados y del sistema nacional de inclusión y equidad social para garantizar la protección de los grupos vulnerables. Así también enfatiza la importancia de la colaboración entre las instituciones públicas, privadas y comunitarias para asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto del Ecuador, el Comité de los Derechos del Niño (CRC), según lo reportado en el año 2017, sugirió que el gobierno ecuatoriano debería implementar una política y estrategia nacionales exhaustivas, diseñadas específicamente para garantizar plenamente los derechos de los niños de acuerdo con lo establecido en la Convención y sus dos primeros Protocolos Facultativos.

Por lo tanto, para lograr que el sistema sea integral debe respetar, promover, proteger, restituir, restablecer y reparar los derechos de NNA. Los actores deben tener sus roles claros y deben interactuar entre sí para formar una red de protección que conduzca al desarrollo integral de NNA.

1.3. Principios Doctrina Protección Integral

1.3.1 Interés Superior del Niño

El principio del interés superior del niño es un principio que data del año 1959 a partir de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), consagrado en el artículo 3 de la CDN.

De acuerdo con la doctrina se establece al respecto de dicho principio lo siguiente:

> El interés superior del niño, se concibe como el derecho a vivir, desarrollarse, crear su propia dignidad humana en el entorno familiar, siempre y cuando existan las condiciones y es considerado primordial frente a otros intereses antagónicos, por lo que resulta lógico que los derechos de los niños en virtud de ser precautelados van a sobresalir ante otros derechos que pudieran estar en litigio, a fin de que el niño, niña o adolescente no sufra daño, incluso por encima de los derechos que pudieran tener los mismos padres. (Murillo y Vásquez, 2020, p. 89)

Esta definición es bastante precisa, ya que coloca la prioridad en todo momento en el bienestar fundamental de los niños, niñas y adolescentes, asegurando que sus derechos no se vean vulnerados cuando el juez tome la decisión de dónde el menor se sentirá más cómodo. Además, se enfatiza que los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen un estatus superior al de los padres. Por lo tanto, este principio tiene una gran importancia en la legislación ecuatoriana.

Cillero (2010) identifica tres funciones principales de este principio: En primer lugar, actúa como una salvaguarda, dado que toda decisión relacionada con un niño debe priorizar sus derechos. En segundo lugar, tiene un alcance amplio, ya que no solo impone obligaciones al legislador, sino también a todas las autoridades y entidades tanto públicas como privadas, además de los padres. Tercero, funciona como una regla de interpretación y resolución de disputas legales. Por último, sirve como una guía o directriz política para la formulación de políticas públicas dirigidas a la infancia, orientando así las acciones gubernamentales hacia el desarrollo integral de los derechos de todas las personas, tanto niños como adultos, lo que indiscutiblemente contribuye al fortalecimiento de la vida democrática.

En virtud de la presente investigación nos compete traer a colación el artículo 9 de la CDN, el cual en su parte pertinente establece lo siguiente:

> Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (CDN, 1989)

El Comité de los Derechos del Niño, (CRC por sus siglas en inglés), ha evaluado también, a través de sus valoraciones, el alcance del ISN. Según el CRC, el ISN se considera un principio fundamental que guía y abarca de manera integral toda la CDN. En consecuencia, su propósito principal es asegurar que todos los derechos establecidos en la Convención se disfruten plenamente y de manera efectiva, promoviendo el desarrollo completo del niño (Naciones Unidas, 2013, párr. 4).

Asimismo, el CDN en su Observación General No. 14 subraya la importancia de equilibrar los intereses en conflicto y enfatiza que el bienestar principal del niño no se equipara en igualdad de condiciones con otras consideraciones, sino que se sitúa en una posición de mayor prioridad. (Simon, 2014). Según esta observación la evaluación del interés superior implica valorar y sopesar, caso por caso, todos los elementos necesarios para tomar una decisión.

En la legislación ecuatoriana, el ISN se considera uno de los principios esenciales en relación con la niñez y adolescencia. En este sentido, la Constitución, en su Artículo 44, establece que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar la plena realización de los derechos de los niños y adolescentes en consonancia con el ISN (CRE, 2008). Podemos colegir que nuestra Constitución tiene como principio transversal al ISN.

Por otra parte, el CONA, en su Artículo 11, establece que el ISN es un principio destinado a asegurar el ejercicio efectivo de todos los derechos de los NNA. Además, enfatiza la importancia de mantener un equilibrio entre los derechos y responsabilidades de los NNA que sea más adecuado para ellos. También se aclara que este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural, lo cual es relevante ya que se establece claramente que los derechos de los NNA no pueden ser infringidos alegando cuestiones de identidad cultural, una práctica que a menudo resulta insuficiente para garantizar sus derechos.

En síntesis, podemos concluir que el ISN es un principio que tiene una gran importancia en la legislación ecuatoriana, y, se considera uno de los principios esenciales en relación con la niñez y adolescencia.

1.3.2 Igualdad y no discriminación

El Artículo 2 de la CDN es esencial porque establece el principio fundamental de igualdad y no discriminación en la aplicación de los derechos de los niños. Es menester recalcar que va

más allá de lo establecido en otros tratados internacionales al ampliar la protección contra la discriminación. No se limita únicamente a prohibir la discriminación basada en las características personales de un individuo, sino que también prohíbe la discriminación dirigida hacia un niño debido a las características de sus padres o representantes legales. Asimismo, también en la CDN algunos artículos que nos hablan sobre este principio son el artículo 5, el artículo 14 numeral 2 y el artículo 18 relacionados con las obligaciones comunes que tienen tanto hombre como mujer respecto a la crianza de los hijos y su desarrollo.

Así también, obliga a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas para proteger a los niños contra cualquier forma de discriminación. Paralelamente, deben tomar medidas progresivas para garantizar que los derechos de los niños se mejoren constantemente y que no se debilite su protección.

La Constitución de la República, en su artículo 66 numeral 4, establece el derecho a la igualdad formal, material y la no discriminación. Así también, en el artículo 11 numeral 2, establece que "todas las personas son iguales y disfrutarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...); nadie podrá ser discriminado por razones de (…) sexo".

Es crucial destacar que esta definición reconoce que la discriminación puede ser el resultado de acciones que, en principio, pueden parecer neutrales o destinadas a proteger a las mujeres, pero que, en la práctica, terminan afectando negativamente sus derechos. Por ejemplo, una ley que trate a hombres y mujeres de la misma manera, pero que tenga el efecto de perjudicar el ejercicio de los derechos de las mujeres, se consideraría discriminatoria. (Facio, 1999, p. 183).

En ese sentido, las definiciones tanto de la CDN como la CRE subrayan que la igualdad y discriminación en derechos de NNA es crucial en materia de niñez y adolescencia. Es imperativo evitar cualquier disposición que pueda perpetuar estereotipos de género o contribuir a prácticas discriminatorias, asegurando que las decisiones judiciales y legislativas promuevan la igualdad efectiva entre los progenitores, sin distinción de género, y salvaguarden los derechos y el bienestar de los NNA.

1.4 ¿Cómo se constituyen las familias?

En mi opinión una definición de familia es aquella institución que se basa en los afectos que tienen sus integrantes entre sí. Es aquel vinculo sanguíneo o afectivo que los une. Puede variar y cambiar y va evolucionado con el tiempo. Esta institución natural tradicionalmente se

ha fundado en el matrimonio; sin embargo, dado el continuo desenvolvimiento histórico y desarrollo de la sociedad, la realidad familiar es distinta.

En Ecuador las familias se constituyen de diversas maneras y así lo establece la Constitución de la República al expresar:

> Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (CRE,2008)

Por tanto, en Ecuador se reconoce la importancia de la familia en la sociedad y establece que el Estado debe garantizar su protección y bienestar. Además, reconoce que la familia puede estar constituida por vínculos jurídicos o, de hecho, lo que significa que se reconoce la diversidad de formas en que se puede conformar una familia. Es importante destacar que este artículo se enmarca dentro del principio del interés superior del niño o niña, que es el principio rector como hemos estado analizando.

1.5 Corresponsabilidad paternal

La idea de la corresponsabilidad parental implica que ambos padres tienen la responsabilidad compartida y equitativa de criar y educar a sus hijos de manera responsable. Este principio, que tiene un fundamento tanto constitucional como filosófico, debería servir como base para determinar la tenencia de manera justa. También garantiza el derecho de ambos padres a participar en decisiones significativas relacionadas con el bienestar y el desarrollo de sus hijos, siempre considerando el interés superior del niño. Según Marcela Acuña, la corresponsabilidad parental se traduce en un reparto equitativo de derechos y responsabilidades entre los padres en relación con sus hijos, tanto en aspectos personales como patrimoniales (Acuña San Martín, 2013, p. 28).

Al respecto la CRE establece:

> Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. (CRE, 2008)

En consecuencia, tanto el padre como la madre comparten la responsabilidad de asegurar una vida digna a sus hijos, se habla, lo que implica un enfoque de coparentalidad y distribución equitativa de deberes y cuidados.

En la misma línea, en el artículo 69 de la norma fundamental, en sus numerales 1 y 5, se establece que se debe fomentar la corresponsabilidad parental, donde tanto la madre como el padre tienen la obligación de asistir, alimentar, educar, cuidar, promover el desarrollo integral y proteger los derechos de sus hijos, especialmente cuando están separados por cualquier motivo. Además, el Estado debe fomentar la corresponsabilidad parental y garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos mutuos entre padres e hijos. Igualmente, en su artículo 333 se dispone que se impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares. (CRE, 2008)

Por su parte, los tratados internacionales también se han pronunciado sobre el principio de corresponsabilidad. Así, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), se establece que hombres y mujeres tendrán igualdad de derechos en lo que respecta al matrimonio, tanto durante el mismo como en caso de su disolución. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, párrafo 4, reconoce la responsabilidad de los estados miembros en tomar medidas adecuadas para garantizar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos cónyuges en el matrimonio, y también establece que se deben tomar disposiciones para garantizar la protección necesaria de los hijos en caso de disolución. (Naciones Unidas, 1966). Esta misma disposición se encuentra reflejada en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), artículo 17, párrafo 4, subrayando la importancia de tomar medidas para asegurar la protección de los hijos en caso de disolución del matrimonio, centrándose en el interés y la conveniencia de estos. (OEA, 1969). Asimismo, la CDN en su artículo 18.1 establece la obligación estatal de garantizar que el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a crianza y el desarrollo del niño. Siendo su preocupación fundamental la del ISN. (CDN, 1990). De la misma manera, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM) en sus artículos 5 y 16 recalcan la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en cuanto a la crianza de sus hijos.

La corresponsabilidad parental se erige como un principio fundamental, exigiendo que ambos progenitores compartan de manera equitativa las responsabilidades y obligaciones hacia sus hijos. Este principio goza de un reconocimiento tanto a nivel internacional como nacional. En situaciones de ruptura o divorcio, es imperativo que ambos padres cumplan con sus obligaciones, garantizando así el interés superior del niño, niña o adolescente. Es en este contexto que la CCE, en la sentencia materia de análisis del presente trabajo, se pronuncia

sobre la inconstitucionalidad de la normativa impugnada. La razón subyacente es que dicha normativa contradice el principio de igualdad entre los padres y perpetúa una discriminación que va en detrimento del ISN.

1.6 ¿Qué ocurre cuando los padres se divorcian o separan?: Situación jurídica NNA

1.6.1 Tenencia

La tenencia se refiere al "conjunto de derechos función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo". (Jara, R.y gallegos. Y., 2008, pg.435).

Según lo indicado por Barletta en su estudio de 2018, de manera resumida, se puede definir la tenencia como la formalización legal de la responsabilidad moral y humanitaria de los padres para garantizar la realización de los derechos generales y específicos de sus hijos. Estos derechos engloban tanto aquellos inherentes a su condición como individuos, como aquellos estrechamente relacionados con la consecución oportuna e irrevocable de su máximo potencial humano.

Asimismo, puede ser descrita como la conexión directa y continua que un padre o madre tiene con su hijo, esta facultad se establece en situaciones de separación legal o divorcio, permitiendo a uno de los padres asumir la responsabilidad inmediata del cuidado del hijo (Varsi, 2012, pág. 304).

Por lo tanto, se puede inferir que la tenencia es un componente de la custodia, como también sugiere Juan Pablo Cabrera citado por Paola Quezada (2018), Cabrera sostiene que la tenencia es una de las facultades dentro de la custodia, que implica proporcionar el cuidado continuo del niño a uno de los padres. Sin embargo, esto no impide que el otro padre ejerza su patria potestad sobre el niño, ya que el hecho de que la tenencia habitual esté subordinada no significa que la toma de decisiones en su desarrollo excluya la participación del otro padre. (pg. 24)

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9, en sus apartados 1, 2, 3 y 4, lo siguiente: En primer lugar, los estados miembros deben asegurarse de que los niños no sean separados de sus padres en contra de su voluntad, excepto cuando sea necesario y esté en el mejor interés del niño, como en el caso de un divorcio, donde se debe determinar la residencia de los niños. En segundo lugar, se reconoce el derecho de las partes involucradas a expresar sus opiniones y participar en el proceso. En tercer lugar, se debe garantizar que los niños separados tengan el derecho de mantener un contacto regular, personal y directo con ambos padres, a menos que vaya en detrimento de sus intereses. Por último, si la

separación es resultado de acciones tomadas por el Estado, este tiene la obligación de proporcionar información básica sobre la ubicación de los miembros de la familia, a menos que esto tenga consecuencias negativas (Naciones Unidas, 1990).

De acuerdo con la Corte Constitucional ecuatoriana citando a Ferreyra la tenencia está enfocada en la protección y educación del NNA, para llegar a un desarrollo tanto físico como psicológico para que en un futuro se desenvuelvan en su vida adulta. (CCE, 2011). Igualmente, la misma Corte menciona la justificación de la tenencia como respuesta constitucional en pro de una conveniencia armoniosa, segura y estable hacia los NNA con su familia, independientemente de las discrepancias o desavenencias de sus progenitores. (CCE, 2015). Concuerdo totalmente con lo expuesto por la Corte toda vez que la tenencia justamente es una figura que intenta garantizar el interés superior de NNA por encima de problemas entre padres de familia.

Ahora bien, analizando estos conceptos es menester realizar una crítica al uso de la palabra tenencia, debido a que considero que no está bien utilizado, ya que este por su naturaleza civil implica una mera ocupación y posesión de algo, es decir, una cosa, más no de un sujeto de derechos como son los NNA. De hecho, en la sentencia No. 064-15-SEP-CC, la Corte Constitucional de Ecuador subraya la inadecuación de la terminología relacionada con la tenencia, tal como se evidencia en el párrafo 24. (CCE, 2015). Esto se debe a que la Codificación al Código Civil asigna un término que trata la tenencia en términos de "una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre" (CC., 2005, art. 715).

Al respecto considero que efectivamente el Ecuador necesita una revisión urgente de los términos utilizados en las principales instituciones relacionadas con el cuidado de los hijos, como el régimen de visitas y la tenencia. El hecho de continuar empleando esta terminología implica una visión en la que los NNA menores de edad se perciben como objetos pasibles de protección, es decir, se continua en la doctrina de la situación irregular y no en la de protección integral como se supone el Ecuador está actualmente. No obstante, se mantendrá su uso en el contexto de la presente investigación, en virtud de su inclusión actual en la legislación nacional.

2 Declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna Sentencia no. 28-15in/21

2.1 Contexto y antecedentes

Con fecha 1 de abril de 2015, un conjunto de ciudadanos presentaron una acción pública de inconstitucionalidad por el fondo, en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del

Código de la Niñez y Adolescencia. En su argumentación, sostenían que dichos puntos contenían disposiciones contrarias a la Constitución de la República del Ecuador, ya que alegaban se vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural en una sociedad patriarcal, y, contradice el principio del ISN. Justamente este control de constitucionalidad se refiere a la atribución de la Corte Constitucional que sirve para expulsar del ordenamiento jurídico las normas que contravengan a la Constitución, es crucial, ya que tal como destaca el doctrinario Valadés. D. (2015) la ausencia de un sistema de control constitucional impedirá la vigencia de un Estado Constitucional. (pg. 25). Las expresiones objeto de cuestionamiento eran: "*la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*" y "*se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del niño*". Debido a que la realidad social data de discriminación al dar un trato desigual a los progenitores, ya que establecían una inclinación hacia la madre al momento de decidir la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

Es así como en el año 2021 se declaran inconstitucionales dichos artículos, con el propósito de transformar la actual estructura de género y asegurar el interés superior de los NNA, esta iniciativa se basa en un análisis detallado de la situación específica que enfrentan los progenitores que no tienen la tenencia. La sentencia No. 28-15 CC tiene en cuenta dos problemas jurídicos: analizar si los numerales materias de análisis son contrarios al derecho de igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA, y, si el encargo de tenencia preferente a la madre viola el principio de corresponsabilidad parental, los cuales procederé a analizar.

2.2 Análisis problemas jurídicos encontrados

Justamente dentro del análisis que realiza la Corte Constitucional menciona que "La norma impugnada es contraria al interés superior de NNA porque no evalúa en cada caso su bienestar y, a falta de acuerdo entre progenitores, se encarga la tenencia de forma preferencial y prioritaria a la madre. La regla resulta contraria al principio de corresponsabilidad parental, la cual tiene su fundamento en el principio de interés superior de NNA". (CCE, 2021, pg. 53)

La Corte Constitucional se vale de un análisis aplicando el test de igualdad en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio estricto, encontrando así que las normas impugnadas son contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA, en los siguientes términos:

Test	Escrutinio estricto (distinción mujer) a la norma impugnada	Escrutinio medio (clasificación sexo-hombre) a la norma impugnada
i. el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso	No cumple, encarga de forma preferente la tenencia de NNA a la madre por el simple hecho de serlo, no existe causalidad entre el interés superior de NNA que se pretende proteger	No cumple, estas afirmaciones: "encargar la tenencia a la madre por sus *"aptitudes connaturales*", su "*función social"* y por ser "*dadora principal de cuidado"* no constituyen objetivo legítimo para aplicar trato diferenciado, además se encuentran vinculadas a estereotipos y roles de género atribuidos histórica y socialmente a las mujeres.
ii. la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad	No cumple	No cumple
iii. la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad	No cumple	No cumple
iv. la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad	No cumple	No cumple

Cuadro 1: Test de igualdad y proporcionalidad para análisis de la inconstitucionalidad de la preferencia materna (Crespo, 2023)
Fuente: Corte Constitucional, sentencia No. 28-15-IN/21
Elaboración propia

Del cuadro se desprende que en virtud de que no pasó ni el primer punto del test, no es necesario analizar el resto de los elementos. Esta normativa no logra un fin constitucionalmente

válido para su vigencia, pues los estándares del principio rector no pueden estar subordinados a una preferencia materna.

La Corte realiza una precisión para evidenciar que las premisas de las normas impugnadas radican en estereotipos y roles de género lo cual me parece menester recalcar. Para su análisis se vale de definiciones que han brindado tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales establecen que: "el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutadas por hombres y mujeres" (CIDH, 2011). Por su parte, rol de género ha sido conceptualizado como: "papeles, expectativas y normas que se espera que las mujeres y los varones cumplan en una sociedad, los cuales son establecidos social y culturalmente" (Saldívar, et al, 2015, pg. 2124-2147). Sobre ello considero que la norma impugnada en efecto tenía su percepción cargada de estereotipos y roles sesgados de género, los cuales son constructos sociales que resultan perjudiciales en una sociedad pueden generar desigualdades que afectan negativamente el bienestar de los NNA.

Así también trae a colación emblemáticos casos de la Corte IDH como son el caso Ramirez Escobar y otros vs. Guatemala y el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, donde se indica que:

> Este tipo de estereotipos en cuanto al rol de una madre implica utilizar una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual socialmente se espera que lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijas e hijos. (citado por CCE, 2021, pg. 39)

Estos estereotipos y roles de género que se reflejan en la sociedad no se limitan al ámbito social y privado de las personas, sino que también tienen repercusiones en el ámbito legal. Un ejemplo evidente de esto se evidenció en una encuesta realizada por el INEC en 2015, donde las estadísticas mostraron que solo 1,334 padres, de un total de 25,692 encuestados, reconocieron estar a cargo del cuidado de sus hijos. Esto representa aproximadamente un 5% del total. (INEC, 2015) A pesar de que, por razones biológicas como la lactancia, la madre puede estar más cerca de su hijo o hija, esto no justifica que se le deba otorgar la custodia de manera preferente. No es razonable asumir que la madre será siempre más adecuada o competente que el padre en todas las situaciones. Es importante romper los estereotipos y roles de género para que no existan estas cifras alarmantes y fomentar el respeto de los derechos humanos.

Así también la Corte no deja de lado el análisis respecto a la doctrina de los años tiernos, la cual menciona que la madre tiene una conexión biológica con sus hijos, implicando que debido a su instinto maternal debe obtener la tenencia de NNA. Sin embargo, la misma Corte

Suprema del Estado de Alabama declaró en 1981 que esta era inconstitucional, pues la doctrina generaba una clasificación basada en el sexo e impedía que el interés superior de NNA se aplique en su totalidad. En efecto, esta doctrina data del año 1881, cuando la sociedad reflejaba este estereotipo, no obstante, la CCE recalca la realidad ecuatoriana que está superando este. Esto es importante debido a que la Corte establece que ni siquiera esta Doctrina de años tiernos justifica que exista una preferencia materna.

Desde su perspectiva, la norma impugnada se considera inicialmente contraria a la equidad por dos razones: (i) al asignar automáticamente la custodia a la madre, limita el ejercicio equitativo de los derechos y responsabilidades entre el padre y la madre, y (ii) refuerza estereotipos sobre el papel tradicional de la mujer en la familia.

El argumento para sostener que la regla impugnada inicialmente contradice el ISN se basa en tres aspectos mencionados al principio: crítica, identidad y preservación del grupo familiar de los Niños, Niñas y Adolescentes. Según esta perspectiva, el ISN debe prevalecer sobre otros intereses, por lo que cada caso debería evaluarse individualmente para determinar la custodia. La asignación automática a la madre en ausencia de acuerdo sobre la tenencia se percibe como una decisión rígida y discriminatoria. Se argumenta que la norma impugnada es inconstitucional, en particular el punto 2, porque otorga automáticamente la custodia a la madre sin tener en cuenta las opiniones de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En relación con la identidad, se sostiene que existe una incompatibilidad entre esta y la regla impugnada. A pesar del divorcio de los padres, para los Niños, Niñas y Adolescentes, ambos padres siguen siendo parte de su familia. Por lo tanto, la preferencia automática por la madre "impide que el niño o adolescente cuyos padres están divorciados mantenga una relación directa con el padre al que no se le ha otorgado la custodia".

En su análisis exhaustivo, la Corte se centra de manera considerable en la violencia vicaria de género, una problemática innegablemente significativa en la realidad ecuatoriana. Aunque se aborda con detenimiento esta forma de violencia, es notorio que no se proporcionan cifras relacionadas con la violencia infantil. Lamentablemente, esta cuestión afecta tanto a madres como a padres, y se omite la consideración de la alienación parental y su influencia en los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA). Es esencial señalar que persisten sesgos al presuponer que solo los hombres pueden ser violentos, cuando en realidad la violencia puede manifestarse en individuos de cualquier género.

2.3 Votos salvado y concurrente

Además, se presentan dos tipos de votos: el concurrente, presentado por el juez Ramiro Ávila Santamaría, y el salvado conjunto, respaldado por las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez.

Por su parte, Ávila, coincide con la decisión tomada, pero decide ampliar los argumentos por los cuales respaldó esta sentencia. Para ello, analiza en un primer término a la discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna. Una importante precisión que me parece pertinente destacar, relacionada la carga de la prueba "para que el hombre exija la tenencia tenía que demostrar que la mujer no ejercía su rol; ahora se espera que la carga de la prueba gire alrededor de aspectos positivos del padre y de la madre, y no de lo peor de cada ser humano" (Ávila, R., 2021). Concuerdo con esta perspectiva debido a que algunos padres utilizaban argumentos patéticos para deslegitimar al otro progenitor con tal de no darle la custodia. Así también explica con certeza de que el argumento sobre que la preferencia materna es una acción afirmativa no cuadra, toda vez que estas acciones están diseñadas para cambiar situaciones que impiden el acceso al ejercicio de un derecho por personas que nunca o difícilmente lo han ejercido, cuestión que no sucede en la realidad, puesto que históricamente casi siempre las mujeres han ejercido el rol de cuidado y tenencia. Coincido con el juez, debido a que la idea de que la preferencia materna puede perpetuar estereotipos de género en lugar de abordar equitativamente las responsabilidades parentales.

En un segundo término, analiza la discriminación contra la mujer y el derecho transformador; En tercer lugar, las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer; En cuarto lugar, los riesgos y los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad; en quinto lugar, analiza el rol de cuidado no es dado, se aprende; por último, el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado. En este contexto, Ávila, R. (2021) destaca un punto crucial que merece atención:

> La Corte, con esta declaratoria de inconstitucionalidad, apuesta a promover que hombres y mujeres puedan tomar decisiones sin las limitaciones que impone el estereotipo de madre, el rol de cuidado fijado en la mujer y el prejuicio de que el hombre no sabe ni debe cuidar; y espera que se pueda alterar y transformar el rol femenino y masculino tradicional. (pg. 71)

La observación de Ávila resalta la dimensión de género en la decisión de la Corte y subraya la importancia de desafiar y cambiar los roles estereotipados. La declaración de inconstitucionalidad no solo tiene implicaciones legales, sino que también se posiciona como un paso significativo hacia la igualdad de género y la ruptura de prejuicios arraigados en torno a las capacidades parentales de hombres y mujeres.

En contraste, las juezas Corral y Nuques expresan su disidencia a través de un voto salvado conjunto, fundamentando su posición en la omisión, en la sentencia mayoritaria, de considerar los casos de violencia contra la mujer y la familia. También señalan la falta de atención a los factores de discriminación estructural, ya que, desde su perspectiva, estas medidas son interpretadas como acciones afirmativas constitucionalmente respaldadas para las madres y sus hijos. Para respaldar su argumento, recurren a estadísticas e información contextual sobre la situación actual de la mujer en Ecuador. Respecto a este voto específico, estoy en desacuerdo, ya que, aunque destaca acertadamente la importancia de abordar la violencia y la discriminación estructural, parece inclinarse excesivamente hacia medidas de acción afirmativa, desequilibrando la discusión en un tema que, en primera instancia, se centra en los derechos de los NNA.

2.4 Cambios relevantes en la sentencia

Dentro de su parte pertinente la Sentencia establece parámetros a utilizar para la evaluación del interés superior de NNA, y que éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre, no obstante, considero que hubo una extralimitación por parte de la Corte Constitucional, en virtud de que la Asamblea Nacional es la encargada para desarrollar estas consideraciones.

No obstante, con el propósito de realizar un análisis más detenido debido a su destacada importancia, se presentan a continuación los lineamientos citados textualmente, seguidos de un análisis detallado:

Parámetro	**Análisis y crítica**
1.- 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.	Esta consideración se alinea con la CDN, ya que esta reconoce el derecho de los NNA a expresar sus opiniones en asuntos que les afectan. Se deberían establecer mecanismos efectivos para garantizar que los NNA sean escuchados de manera informada, y que sus opiniones sean consideradas de manera sustancial en las decisiones que les afectan.
2.- Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades	La afirmación de que el cuidador debe estar emocionalmente disponible es vaga y carece de claridad en cuanto a su significado

generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.	preciso. Esta expresión deja mucho que desear en términos de especificidad y deja sin definir qué se espera exactamente de la disponibilidad emocional.
3.- 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.	Si bien habla de una debida diligencia en cuanto a descartar la amenaza, existencia o antecedente de violencia, la falta de claridad en cómo probar esta situación plantea un problema. Sabemos que se debería tener una sentencia condenatoria ejecutoriada en lugar de meras denuncias, puesto que debe existir seguridad jurídica en el proceso.
4.- 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.	Encuentro intrigante el hecho de incorporar a el domicilio de ambos progenitores, ya que esto marca el inicio de un régimen de custodia compartida. Esta medida asegura la continuidad de rutinas necesarias para el desarrollo integral de NNA.
5.- Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.	Este enfoque necesita ser aplicado con sensibilidad y flexibilidad, reconociendo que las dinámicas familiares pueden evolucionar y que el ISN debe ser el bienestar actual y futuro de los niños, más allá de las circunstancias anteriores.
6.- Se respetará la identidad de NNA.	Considero de suma importancia la inclusión de este principio relevante, el cual se alinea con la CDN. Este reconoce la importancia de salvaguardar la integridad y la individual de cada niño.
7.- Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado	Evaluar aspectos como el entorno adecuado según la edad, el cuidado, la protección y la seguridad refleja la necesidad de garantizar un ambiente propicio para el desarrollo

dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.	integral de los niños. No obstante, es crucial que esta evaluación se realice de manera equitativa y sin sesgos que perpetúen estereotipos de género.
8.- Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.	Aunque la intención de proteger a los NNA es loable, la efectividad de esta evaluación dependerá de la precisión y la imparcialidad con la que se lleve a cabo, sin que haya interpretación subjetiva del potencial daño.
9.- Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.	Este enfoque destaca la necesidad de superar conflictos y trabajar en conjunto, lo cual puede ser fundamental para proporcionar a los NNA un entorno emocionalmente seguro y coherente. Lamentablemente, esta es una situación complicada de conseguir, porque hay casos en los que ambos progenitores no quieren cooperar, ni mucho menos en mantener contacto con el otro.
10.- Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.	Las relaciones familiares son complejas y subjetivas, y la evaluación puede depender en gran medida de la percepción de los evaluadores. Para ello, quienes realizan este estudio deben tener métodos de evaluación sensibles e imparciales.
11.- 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.	Este enfoque de contemplar diversos factores, para determinar su interés superior, es integral y refleja una consideración sensible hacia la diversidad. Sin embargo, se necesitan pautas claras y detalladas para asegurar el ISN.
12.- Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia,	La expresión "se podrá" no implica necesariamente una obligación para que los

mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.	jueces consideren este aspecto, lo cual debería ser más robusto y no depender únicamente de la discrecionalidad de los jueces. Es esencial fortalecer el equipo técnico en unidades de familia, dotándolo de mayor profesionalismo, para garantizar una evaluación más consistente y fundamentada en relación con estos elementos.

Cuadro No. 2: Análisis parámetros establecidos por la CCE en la declaratoria de inconstitucionalidad de preferencia materna (Crespo, 2023)

Fuente: Corte Constitucional, sentencia No. 28-15-IN/21

Elaboración propia

Podemos encontrar que evidentemente hay progresión en materia de derechos de NNA, es decir, similitudes a los elementos que deben considerarse al momento de evaluar ISN, establecidos dentro de la Observación General No.14 por parte del CDN, por ejemplo, tomando en cuenta la opinión e identidad del niño y niña, preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado, protección y seguridad del niño o niña; situación de vulnerabilidad; derecho a la salud y educación de niño o niña. Sin embargo, podemos observar que existen ciertas falencias dentro de estos parámetros, como la disponibilidad emocional del cuidador, plantea desafíos en términos de especificidad y definición precisa de expectativas; la evaluación de factores como el entorno adecuado debe llevarse a cabo de manera equitativa, evitando sesgos que perpetúen estereotipos de género.

Estos parámetros deben ser cumplidos obligatoriamente hasta que se desarrolle la normativa pertinente, tal como señala la Corte. Es esencial que se tomen en cuenta y se actualice la normativa actual en concordancia con estos lineamientos. Sin embargo, es importante destacar nuevamente que existe una posible extralimitación por parte de la Corte al involucrarse en el ámbito legislativo, ya que la Asamblea Nacional es la entidad legitimada democráticamente para establecer dichas normativas.

2.5 Crítica a las disposiciones hacia diversas entidades estatales y medidas adicionales para la protección de los derechos de NNA

Si bien es cierto la sentencia No. 28-15-In/21 que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna en la tenencia de los hijos es muy importante porque establece que la ley no puede conceder automáticamente la tenencia de los hijos a la madre solo por su género, sin tener en cuenta otros factores relevantes para el ISN. Esta sentencia reconoce que la igualdad de género es un principio fundamental de la Constitución, y que la discriminación basada en el género es inconstitucional. Además, establece que la decisión sobre la tenencia de los hijos debe basarse en criterios objetivos y no en estereotipos de género. Esto significa que, a partir de esta sentencia, los jueces y tribunales deben evaluar cada caso en particular, considerando todas las circunstancias relevantes y tomando en cuenta el bienestar de los hijos como prioridad. (CCE, 2021).

Es importante destacar que se observa una intromisión de la Corte Constitucional en otros órganos del Estado, específicamente en la Defensoría del Pueblo, como lo establece el artículo 215 de la Constitución de la República. Las atribuciones de este órgano no están relacionadas con el ámbito de la niñez y adolescencia. En este sentido, resulta crítico señalar que la Corte Constitucional no debería asumir funciones legislativas, ya que esto no está dentro de sus competencias. A pesar de ello, en diversas sentencias, la CCE reitera esta práctica, lo cual genera un cuestionamiento sobre la adecuación de sus acciones a sus competencias establecidas por la Constitución.

En esta sentencia, la Corte Constitucional ordenó que la Defensoría del Pueblo, en colaboración con organizaciones sociales y entidades estatales, en un período de 90 días, elabore un informe que establezca los criterios para la asignación de la tenencia de niños y adolescentes menores de 12 años. No obstante, una vez más se extralimita, ordenando a la Defensoría del Pueblo a realizar un informe, una tarea que debería corresponder a la Asamblea Nacional, no es competente para ello. Además, están dilatando más el proceso y dando mayor tiempo que como vemos hasta la actualidad no se lleva a cabo, ya ha transcurrido más tiempo del plazo establecido.

La Corte manda a realizar capacitaciones, pero solo se centra en violencia citando a la CEDAW y sus protocolos adicionales, cuando a quienes va dirigido estas capacitaciones son funcionarios judiciales que resuelvan casos de niñez y adolescencia, lo lógico sería que se capaciten respecto a los derechos de NNA, violencia contra la niñez, maltrato infantil, ISN,

derecho de escucha, cuestiones que sí tienen que ver directamente con sus funciones y que necesariamente deben mantenerse actualizados y capacitados. Por supuesto, que necesitan capacitación, pero el tema convocado es de niñez y adolescencia.

En el numeral 6, se dispone a la Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública la elaboración de un plan de información a la ciudadanía sobre las características del servicio proporcionado por la Defensoría Pública en cuestiones relacionadas con niñez y adolescencia. Aunque es fundamental difundir esta información, es esencial recordar que una vez que una norma se publica en el Registro Oficial, y especialmente cuando se trata de una sentencia de la Corte Constitucional, esta adquiere de inmediato la condición de obligatoria y vinculante para todos los ciudadanos. Además de la socialización mencionada, sería beneficioso abordar temas como el Interés Superior del Niño (ISN), alienación parental, maltrato infantil, igualdad de género y los derechos y obligaciones de los progenitores, entre otras cuestiones fundamentales relacionadas con los niños, niñas y adolescentes.

Por último, se establece que el Consejo de la Judicatura realice una difusión del contenido de la sentencia dirigida a juezas, jueces, defensores y defensoras públicas, así como a los miembros del Foro de Abogados. No obstante, esta medida parece ser insuficiente. Sería altamente beneficioso implementar también programas de capacitación en derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta acción resulta crucial para asegurar que, incluso después de declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna, se erradique este enfoque de los pensamientos y prácticas cotidianas en la vida judicial y legal.

Las disposiciones que han dado sin duda generan una preocupación y solo nos pueden reflejar que debemos seguir en la lucha en pro de los derechos de NNA. Se debe seguir trabajando en la Asamblea Nacional y en políticas públicas.

SECCIÓN 2: SITUACIÓN JURÍDICA DE LA FIGURA DE “TENENCIA”, ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY COPINA

2.1 Legislación ecuatoriana respecto a la tenencia

En Ecuador no existe una definición per se respecto a la tenencia, pero sí en cuanto a la determinación de esta, se establece dentro del artículo 118 del CONA Allí se menciona que la tenencia de un hijo o hija de familia se concede cuando el juez determina que es más beneficioso para el desarrollo integral del NNA confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin que esto afecte el ejercicio conjunto de la patria potestad. Para que el juez

pueda tomar esta decisión, es esencial evaluar y considerar la situación económica del progenitor, sino también su madurez psicológica, bienestar emocional y la cantidad de tiempo de calidad que puede dedicar al cuidado y crianza del hijo o hija. (CONA. 2003)

Por su parte, el artículo 119 del mismo cuerpo legal, establece que las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. Es decir, el juez las puede modificar en todo momento siempre que se pruebe que su modificación conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del NNA. Así también, menciona que "si se trata del 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". (CONA, 2003). Es importante destacar que el cambio de tenencia puede ser un proceso difícil y traumático para el niño o niña, por lo que se deben tomar medidas para garantizar su bienestar psicológico y emocional.

. Es importante tener en cuenta que, a la presente fecha en Ecuador, se regulan dos tipos de "tenencia", lo que limita las opciones disponibles para los padres y la defensa de los derechos de los niños involucrados. Se trata de la tenencia monoparental y la otorgada a familiares. Ahora bien, el proceso en sí de tenencia sigue las pautas descritas en el artículo 106 de la misma ley, el cual primero vemos que existe un mal uso de términos, ya que este habla sobre patria potestad, pero en realidad se habla sobre la "tenencia", es decir, confunde los términos. En virtud de que tanto el numeral dos y cuatro fueron declarados inconstitucionales no se nombrarán a continuación. Sin embargo, es importante destacar al primer numeral respecto al mutuo acuerdo, en el que se establece que se preferirá el acuerdo entre las partes, siempre que no se perjudique los derechos del hijo o hija. Sobre ello, se sostiene la posibilidad de establecer una custodia compartida dependiendo del acuerdo al que lleguen entre progenitores.

2.2. Cambios propuestos por el Proyecto de Ley COPINA en relación con la custodia.

El proyecto de Ley Código Orgánico de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (COPINA), lleva siendo debatido desde el año 2018, sin embargo, aún continua en desarrollo. El Pleno de la Asamblea Nacional, con 104 votos, decidió que la Comisión de la Niñez elabore y envíe a la Presidencia de la Asamblea Nacional una versión final del proyecto de COPINA antes del 22 de agosto de 2023. Esta fecha límite se estableció debido a que representa el plazo máximo de 12 meses desde la presentación del informe de la Defensoría

del Pueblo hacia la Corte Constitucional. No obstante, vemos como la Asamblea Nacional se ha excedido ya desde este plazo.

Luz Ángela Melo, representante de la Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en Ecuador, en la sesión no. 697 de la Comisión General sobre el Informe de Segundo Debate del Proyecto de COPINA, el 10 de enero de 2023, considera que la Comisión permanente ha avanzado con la propuesta del COPINA, se ha hecho un trabajo para incluir estándares internacionales vinculados con la materia, así como los avances jurisprudenciales que se han dado en el país principalmente por la Corte Constitucional. Considero que si bien los legisladores han incorporado estándares internacionales en la legislación. Sin embargo, es necesario que se proporcionen detalles específicos sobre cuáles de estos estándares se han tenido en cuenta, así como sobre los avances jurisprudenciales que respaldan dicha incorporación.

El COPINA contiene 652 artículos y se encuentra organizado en cuatro libros, siguiendo la misma estructura que el CONA actual. Estos libros se dividen de la siguiente manera:

i. Libro primero: principios, derechos y garantías de los NNA
ii. Libro segundo: derechos de los NNA en sus relaciones de familia
iii. Libro tercero: Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de Niñez y Adolescencia
iv. Libro cuarto: Sistema de responsabilidad penal de adolescentes y justicia especializada. (Asamblea Nacional, 2021)

Me concentraré en el análisis del segundo libro, específicamente en el título III, que aborda el tema de normas comunes de la custodia en el cuidado y protección de NNA. Comienzo destacando el cambio de terminología, el cual considero apropiado. Como mencioné anteriormente, la custodia se alinea con la Doctrina de Protección Integral, en contraposición al término "tenencia", más asociado con la posesión de objetos inanimados. Es esencial reconocer que los NNA son sujetos de derecho, no simples posesiones, y este cambio terminológico refleja una perspectiva más respetuosa de sus derechos.

En el artículo 149, se inicia con una definición de la figura como tal de la custodia, describiéndola como un encargo que asume uno de los progenitores respecto al cuidado y crianza de su hija o hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad y el principio del interés superior de NNA, conforme tres reglas para su aplicación. En primer lugar, se mantiene la

figura actual del CONA, donde la custodia se establece mediante el acuerdo de los progenitores. Sin embargo, surge una preocupación en el segundo punto, donde, en ausencia de acuerdo o si lo acordado es considerado perjudicial para el ISN del NNA, se confía la custodia a la madre para hijos menores de doce años. Este aspecto es inquietante, ya que perpetúa la preferencia materna, incluso después de haber sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional. El tercer punto aborda la custodia para hijos mayores de doce años, indicando que continuará con la madre o progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica. Sin embargo, si ambos progenitores presentan condiciones similares, se dará preferencia nuevamente a la madre, lo que parece contradecir la sentencia previa de la Corte Constitucional que invalidó la preferencia materna. Este tipo de contradicciones plantea interrogantes sobre la coherencia y efectividad de las decisiones legislativas en consonancia con las directrices establecidas por la Corte Constitucional.

Luego, en su artículo 150 establece a la custodia en caso de familias homoparentales, estableciendo que se confiará la custodia en el cuidado y protección a la o el progenitor que este en mejores condiciones para brindar una protección integral en un ambiente estable por su desarrollo. Este enfoque refleja una consideración neutral y centrada en el bienestar del menor, al no imponer preferencias basadas en la orientación sexual de los progenitores. La normativa reconoce la importancia de evaluar la capacidad de los padres, independientemente de su orientación, para garantizar un ambiente propicio para el desarrollo integral de los niños en familias homoparentales.

En el artículo 151, se aborda respecto a la prohibición para el ejercicio de la custodia, y es crucial resaltar un aspecto específico de esta disposición donde se propone que:

> Estarán también prohibidos del ejercicio de la custodia, las y los progenitores que hayan sido condenados mientras dure el cumplimiento de su sanción y culmine su proceso de reeducación por cualquier tipo de acto o infracción de violencia en contra de la hija o hijo de los miembros del núcleo familiar (Comisión Adolescencia, 2021)

Esta disposición es especialmente relevante ya que proporciona una clarificación necesaria en relación con el tercer parámetro establecido por la CCE, que fue criticado anteriormente. Este parámetro se refiere a la necesidad de descartar la amenaza, existencia o antecedente de violencia en diversas formas como física, psicológica, doméstica, económica, patrimonial y vicaria. La normativa contribuye así a clarificar que ya hayan sido condenados, es decir, por una sentencia ejecutoriada sobre cualquier tipo de acto o infracción de violencia. Ahora bien, se necesita que ello siempre siga las reglas del debido proceso para el efecto.

En el artículo 153, se detalla que la obligación de cuidado se amplía a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, así como a cualquier persona que conviva con Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) o tenga un vínculo afectivo cercano con ellos. Esto implica que cualquier individuo encargado del cuidado de NNA debe asegurar no solo su desarrollo integral, sino también velar por su interés superior. Esta disposición refleja una perspectiva inclusiva al reconocer que la responsabilidad de cuidado no está limitada únicamente a los parientes directos, sino que se extiende a aquellos que comparten una convivencia cercana o mantienen vínculos afectivos significativos con los NNA. Sin embargo, podría sugerirse una mayor claridad en términos de definición y alcance de los vínculos afectivos cercanos para evitar posibles interpretaciones ambiguas.

Según la Asamblea Nacional, la Comisión Ocasional busca que los cambios propuestos estén en línea con el interés superior de los NNA, para ellos "lo más importante sería el establecer que los niños son sujetos de derechos y no simples objetos." (Asamblea Nacional, 2020). Y si bien incorpora algunas disposiciones propuestas por la CCE, la eliminación de preceptos estereotipados no demuestra que la tenencia compartida se aplique en su totalidad, ya que todavía se asigna la responsabilidad del cuidado a un solo progenitor. Por lo tanto, es crucial proponer una nueva legislación que, si bien debe adherirse a las pautas de la Corte de manera obligatoria, también debe incorporar todas las salvaguardias necesarias para asegurar el desarrollo integral de los NNA. En virtud de ello, a partir de ahora, se utilizará el término propuesto para uso legislativo el cual es custodia.

2.3 Tipos de custodia

En esta sección, se analizan las distintas modalidades de custodia que existen en la doctrina y se busca determinar cuál de ellas se ajusta al marco legal de Ecuador y al principio de no discriminación, garantizando los derechos de los niños.

A continuación, se exponen las diversas categorías de custodia que existen en la doctrina, según Catalán Frías (2011):

	Custodia exclusiva-uniparental	**Custodia repartida o alterna**	**Custodia compartida o Conjunta**
Definición	Implica otorgar la custodia a uno de los padres y establecer un régimen de	En esta modalidad, se autoriza a cada uno de los padres a tener la	Es un derecho en el cual ambos progenitores

	visitas a favor del otro, quien suele contribuir económicamente mediante una pensión alimenticia. (pg. 66)	custodia de los hijos durante una parte del año, durante la cual ejerce todos los derechos parentales, y se establece un régimen de visitas para el período restante. (pg.66)	ostentan tanto la tenencia física como legal de sus hijos. Comparten derechos y responsabilidades en aspectos como la educación, formación, manutención y todas las actividades vinculadas a la crianza de los hijos. (pg.67)
Uso en Ecuador	Está presente en el sistema legal de Ecuador, pero se observa que no persigue la igualdad.	No está presente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.	No está presente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
Opinión crítica	El problema radica en las reglas que guían la toma de decisiones judiciales, en particular, el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que entra en contradicción con el artículo 118 de la misma normativa. Se necesita cambiar la perspectiva del legislador y promover la creación de una norma que sea clara y se ajuste a lo	Esta custodia se ve obstaculizado por la necesidad de mantener dos hogares diferentes si los padres se desplacen a otros lugares, lo que implica costos adicionales. (Peralta, 2019). Es complicado considerando la situación económica de	Es considerada la opción más adecuada, ya que ambos padres están en igualdad de condiciones, y el niño la disfruta como si el vínculo matrimonial no hubiera terminado. Esto fortalece el desarrollo del niño y evita el desgaste

	establecido en la Constitución de la República del Ecuador. Esto tendría como objetivo eliminar estereotipos y, sobre todo, buscar el ISN que se ven involucrados en el proceso de separación y tenencia de sus padres.	la mayoría de las familias ecuatorianas.	en su vida en términos sociales, culturales, educativos, recreativos, entre otros aspectos.

Gráfico No. 3: Análisis tipos de custodia. (Crespo, 2023)

Fuente: Catalán Frías, Ma José, 2011

Elaboración propia

Custodia compartida

Con el propósito de una comprensión más profunda de la institución que, en mi opinión, debería ser incorporada en el sistema legal ecuatoriano, es decir, la custodia compartida, procedo a examinar las definiciones propuestas por varios autores, con el fin de desarrollar una definición integral.

Según Espinosa et al. (2020), en su artículo sobre la custodia compartida como un medio para abordar el Síndrome de Alienación Parental, se define la corresponsabilidad parental como el equilibrio de los intereses de los hijos menores, donde tanto el padre como la madre deben cumplir con sus derechos y deberes como progenitores para desempeñar funciones que fortalezcan su relación con sus hijos. En el artículo, se caracteriza la tenencia compartida como la igualitaria responsabilidad en la crianza de los hijos. Este enfoque en la corresponsabilidad parental implica el ejercicio conjunto de todas las funciones parentales relacionadas con los hijos, enfocándose en el Interés Superior del menor (Espinosa et al., 2020, p.1).

Según Trucco (2016), la tenencia compartida se presenta como una solución que permite que, a pesar del divorcio, el padre continúe participando en la crianza de los hijos. Al mismo tiempo, proporciona a la madre un "confort psicológico" al no tener que asumir sola

todas las responsabilidades de la crianza, y garantiza que los hijos no pierdan la presencia activa de ninguno de sus padres en su rol como criadores.

De acuerdo con Boned (2009), la custodia compartida es la situación legal en la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores en igualdad de condiciones y derechos sobre ellos.

Espinosa et al, Trucco y Boned, aunque comparten elementos similares al tratar la custodia compartida y su impacto en la crianza de los hijos después del divorcio, tienen algunas diferencias en el enfoque y en cómo abordan la cuestión. Las tres justamente enfatizan la corresponsabilidad parental como el equilibrio de intereses de los hijos, con padres que deben cumplir sus derechos y deberes para fortalecer su relación con ellos. Sin embargo, una definición que sacamos a partir de ellos es aquella que considere aspectos como la división equitativa del tiempo entre ambos padres y la toma de decisiones conjunta para garantizar una comprensión más completa de la custodia compartida.

De acuerdo con Torres (2020), aunque la tenencia compartida no está formalmente establecida ni regulada en la jurisprudencia ecuatoriana, se utiliza en la práctica siempre que exista un acuerdo entre los padres. La tenencia compartida se interpreta como una forma de promover la igualdad de género, ya que asigna de manera equitativa las responsabilidades de cuidado de los hijos, incluyendo el tiempo, la manutención y la convivencia. Además, se considera una de las mejores prácticas en los procesos civiles, incluidos los casos de divorcio, ya que fortalece la relación entre padres e hijos después de la ruptura familiar. Según, Simon (2009), implica un equilibrio de roles, reconociendo tanto la paternidad como la maternidad, y esto se traduce en un desarrollo físico y mental óptimo, especialmente en situaciones de desestructuración social.

Debido a esto, podemos decir que doctrinarios sostienen que ya se está aplicando la custodia compartida de manera implícita. No obstante, discrepo de esta afirmación, puesto que no hay forma de asumir que todos los progenitores la están adoptando de manera uniforme. Es menester tener una regulación en específico sobre la custodia compartida, pero claramente considerando a la observación general No. 14, del Comité de Derechos del Niño, que menciona lo siguiente:

> El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los

> progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso. (Naciones Unidas, 2013)

Esta observación es importante porque enfatiza que, aunque la custodia compartida puede ser beneficiosa para el niño o niña en algunos casos, no debe ser otorgada automáticamente sin considerar las circunstancias específicas de cada caso y el interés superior del niño. Además, se destaca la importancia de mantener la relación del niño o niña con ambos progenitores, siempre y cuando esto no sea perjudicial para su bienestar. En cualquier caso, se debe garantizar que la decisión tomada por el juez no produzca perjuicios psicológicos al niño o niña, y se deben disponer medidas de apoyo para el niño o niña y sus progenitores en caso de ser necesario.

El COPINA pretende ser más concordante con la Constitución de la República del Ecuador, la cual es altamente garantista de derechos, ya que el CONA fue aprobado en el año de 2003, y, en virtud del tiempo que ha transcurrido desde aquel entonces mucho ha cambiado en el país, nueva estructura del Estado, en fin, un cambio de paradigma total por tanto es necesaria la promulgación de un nuevo Código.

Es importante destacar que la implementación del régimen de custodia compartida se busca incorporar en el sistema legal de Ecuador. Aunque se aplaude este propósito, es esencial considerar que nuestra sociedad y cultura no están inicialmente adaptadas a este tipo de procesos, lo que hará que su aplicación sea desafiante, al menos en sus etapas iniciales.

A la luz de lo expuesto en el estudio, considero que es fundamental implementar una solución jurídica para la custodia de los hijos. Esto se hace con el propósito de asegurar que los derechos fundamentales de los NNA, en particular su interés superior, no sean vulnerados y que puedan ejercer sus derechos y responsabilidades de manera equitativa con respecto a sus padres, respaldados por la ley.

2.4 Vida práctica y profesional de abogados especializados en la materia

El Dr. Franklin Robles (2023) de acuerdo con su ejercicio profesional, nos dice que esta importante sentencia de la Corte Constitucional lo que busca no es desacreditar a la madre o al padre, sino más bien resaltar las cualidades y virtudes que se tienen para la crianza y cuidado, capacidades afectivas, actitud para criar. Antes de que deslegitimar a la mamá como muchos abogados sugieren, porque se ha encontrado en la práctica con muchos de ellos. Al respecto, considero que su punto de vista es el acertado al destacar las fortalezas de ambos padres, se

busca proporcionar a los niños un entorno que no solo cumpla con sus necesidades básicas, sino que también fomente su desarrollo integral.

El Dr. Edgar Rodríguez (2023) nos menciona que la sentencia de la Corte da la oportunidad de que los padres que han sido responsables de sus hijos y que además quieren ser parte activa de la vida de sus hijos, cuidándolos y protegiéndolos que es lo que significa la custodia, puedan ahora también solicitar esto. No quiere decir que se le quita a la mamá, sino se vuelve un trabajo en conjunto.

La psicóloga Poema Carrión (2023) nos plantea una problemática que lastimosamente ocurre en la realidad ecuatoriana ella nos dice que no existe una figura de abogado de NNA, no hay una institución que diga que los abogados deben ser especializados en defensa de derechos de los niños que puedan asumir su defensa. Es necesario que ello implique en políticas públicas una institucionalidad para asumir que no se deje en indefensión a los niños, falta de equipos técnicos especializados. En virtud de ello, Es esencial reconocer la necesidad de políticas públicas que establezcan una institucionalidad clara para garantizar que los niños no se vean desamparados en situaciones legales. La creación de una figura especializada, respaldada por políticas adecuadas, sería fundamental para asegurar la representación efectiva de los intereses de los niños en los procesos legales y en especial relevancia aquellos sobre custodia.

Sergio Peralta Armas (2023), nos menciona que el criterio de la Corte Constitucional es de 2021, pero sigue sin haber una ley especial sobre cómo confiar la custodia. Viene el tema de cómo garantizar este derecho. La custodia debería tratarse como un derecho completo, la custodia compartida si no se observan los presupuestos que ella conlleva resulta perjudicial, implica desconfiguraciones por parte de los NNA. Al respecto considero que concuerdo con la perspectiva de tratar la custodia como un derecho completo, ya que resalta la importancia de asegurar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, su advertencia sobre los posibles problemas derivados de la custodia compartida si no se cumplen los requisitos adecuados pone de manifiesto la necesidad de considerar con cuidado las circunstancias individuales y el mejor interés de los NNA al abordar este tema.

La magíster Elizabeth Regalado (2023), profesional experta y litigante en derecho de familia, niñez y adolescencia, destaca que en la vida práctica se están aplicando directamente los parámetros establecidos por la CCE. Esto implica la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, de que realmente los hijos tengan el derecho de elegir con quienes vivir, sin

embargo, esa decisión debe ser libre de toda manipulación parental. Así también nos menciona que está absolutamente de acuerdo con la custodia compartida, pero hay que reunir ciertas condiciones mínimas porque se está tergiversando la institución que, si bien no está normada en el Ecuador, los hijos prefieren irse con los padres, ya no importa la edad, y, la madre para no tener que pagar pensión alimenticia dice bueno, hagamos custodia compartida para no pagar pensiones, eso he vivido en un montón de casos a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de preferencia materna. Sin embargo, hay una problemática, el progenitor no quiere pedir pensión en un 98% de los casos. Considero que esta situación podría sugerir la necesidad de revisar y ajustar los procedimientos legales y las políticas relacionadas con la custodia compartida para abordar eficazmente los posibles abusos y asegurar que esta medida se utilice en el mejor interés de los hijos, sin comprometer su bienestar financiero.

Su experiencia destaca la necesidad de establecer condiciones mínimas para evitar tergiversaciones en la custodia compartida y aborda la problemática de algunos progenitores que buscan esta modalidad para evitar el pago de pensiones alimenticias, señalando la importancia de abordar estos posibles abusos para asegurar el bienestar financiero de los hijos. En conjunto, estas perspectivas resaltan la complejidad y la importancia de abordar la custodia desde una perspectiva integral, considerando no solo los derechos de los padres, sino, sobre todo, el interés superior de los NNA.

SECCIÓN 3: IMPLEMENTACIÓN DE LA CUSTODIA: LECCIONES DE LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN POLÍTICAS PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA Y PROPUESTAS PARA EL ECUADOR

3.1. La custodia en el Derecho Comparado: experiencias y lecciones

3.1.1. Chile

En Chile, es interesante ver que la figura utilizada en vez de custodia es la del “Cuidado Personal”. Así, la Ley 20.680 introduce modificación al Código Civil Chileno estableciendo en su artículo 225, si existe acuerdo entre los padres estará la voluntad de ellos respecto a si el cuidado será ejercido por uno o ambos. En caso de no mediar acuerdo alguno existen 2 soluciones. Primero, la ley señala que los hijos continuaron bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Segundo, en caso de que el cuidado personal sea demandado la solución es entregada al juez para que resuelva el caso en base a ciertas pautas. Por tanto, la ley chilena a tiene 3 opciones con respecto al ejercicio del cuidado personal.

Además, me es importante considerar lo siguiente que nos menciona el segundo parágrafo de dicho artículo:

> El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

Es decir, nos está dando una definición sobre todo lo que conlleva el cuidado personal, esto me parece realmente interesante y útil para tener mayor seguridad jurídica, cuestión que en el Ecuador evidentemente hace falta y se necesita su inclusión.

Por su parte, el art. 225.2 de la misma ley, establece criterios y circunstancias que debe ponderar conjuntamente el juez a la hora de establecer un régimen de cuidado personal, me permito copiar textualmente dichos lineamientos:

> a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
> b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
> c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
> d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
> e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
> f) La opinión expresada por el hijo.
> g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
> h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
> i) El domicilio de los padres.
> j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. (Ministerio de Justicia, 2013)

La inclusión de estos criterios y circunstancias en el artículo 225.2 de la Ley es un paso importante hacia la toma de decisiones más informadas y justas en casos de custodia y cuidado personal de los hijos. Estos lineamientos reconocen la complejidad de las dinámicas familiares y priorizan el bienestar del niño. Sin embargo, es esencial abordar este proceso con sensibilidad y atención a las particularidades de cada caso, ya que una aplicación inflexible de estos criterios podría no tomar en cuenta situaciones excepcionales o desafiantes. Además, se debe garantizar que el sistema legal y los profesionales involucrados estén capacitados para evaluar adecuadamente estos factores y que se evite cualquier sesgo de género en la toma de decisiones. En última instancia, la custodia y el cuidado personal de los hijos deben ser determinados considerando el ISN y la promoción de relaciones familiares saludables y equitativas.

3.1.2. Colombia

En Colombia su Corte Constitucional ha determinado establecer que no habrá discriminación de género, dejando algunos estigmas sociales sobre el tema de preferencia materna, así como en el caso ecuatoriano. Además, la corte estableció por medio de una decisión judicial que se vulnera uno de los principios constitucionales fundamentales y es el de la igualdad, donde se deja de presumir que la cualidad que hasta el momento era única para las madres, podría ser ejercida por los padres, en el que se tiene en cuenta el cuidado que le puede brindar el padre dedicado a sus hijos.

Para el efecto de mayor análisis, he traído un caso jurisprudencial respecto a la homologación de una sentencia de Cali que resolvió sobre custodia de niños con nacionalidad colombiana y padres ecuatorianos. Así, entre los acuerdos a los que llegaron y resulta interesante analizar fueron que el cuidado del niño fuera a su madre con domicilio en Quito, Ecuador mientras que el cuidado de la niña seria en Cali, Colombia. También respecto a las visitas serían compartida, sin restricciones de ningún tipo, ni lugar, ni tiempo, ni limitaciones, y que los gastos de estos serán asumidos por el padre o madre que comparta las visitas en el país donde se den. Resulta importante, puesto que los progenitores decidieron que este acuerdo se de en la justicia colombiana por encima de la ecuatoriana, y, en virtud de que la legislación de Colombia contiene a la custodia, para realizar la respectiva homologación en Ecuador se precisó realizar una consulta técnica para que se sepa que es la misma figura que opera en ecuador como “tenencia” (Centro Zonal Defensoría de Familia, 2017)

3.1.3. España

En España, de acuerdo con la Ley 8/2021, se modificaron artículos en relación con la custodia, estableciendo cuatro tipos de custodia: monoparental, compartida, atribuida a un tercero y custodia partida.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en situaciones de nulidad, separación y divorcio fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013. Este anteproyecto incorpora la patria potestad como una forma de corresponsabilidad parental, estableciendo que, por norma general, será ejercida de manera conjunta por ambos progenitores. En este contexto, se elimina la excepcionalidad de la custodia compartida, y se reemplazan las expresiones "visitas" con el término "régimen de estancias, relación y comunicación". (Anteproyecto de Ley, 2013)

3.1.4. Argentina

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación fue modificado por la Ley 26.061. promulgada el 26 de octubre de 2005, e instaura la institución del cuidado personal. Allí se lo define como: “las responsabilidades y facultades de los padres relacionadas con la vida diaria del hijo”. Este marco legal establece dos formas de cuidado personal compartido: (1) el cuidado alternado, en el que el hijo pasa períodos con cada progenitor, y (2) el cuidado indistinto, donde el hijo reside principalmente en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y actividades relacionadas con su cuidado. Se favorece el régimen de cuidado compartido indistinto y la presentación de un plan de parentalidad que debe ser aprobado en una sentencia que promueva la participación del hijo/a, asegurando el respeto de sus derechos. (Código Civil y Comercial Argentino, 2014)

3.1.5. Otros Estados

Finalmente es preciso enunciar algunos de los Estados que ya han incorporado el régimen de custodia, tenencia o cuidado compartido en sus legislaciones. Actualmente, este enfoque se considera el más idóneo para asegurar la implementación efectiva de la corresponsabilidad parental.

En Perú mediante la Ley No. 29269, que fue publicada el 16 de octubre de 2008, se reformaron los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes incorporando el régimen de custodia compartida en caso de acuerdo, falta de acuerdo o incluso si el acuerdo es perjudicial para el hijo. Para esto, se valen del análisis de diversos factores que priorizan el otorgamiento de esta custodia al padre o madre que mejor garantice el derecho del hijo o hija a mantener contacto con el otro progenitor. (El País, 2023)

Por su parte, en Europa, Inglaterra se introdujó la figura de "*parental responsability"* mediante The Guardianship of Infants Act 1925 y posteriormente en The Children Act 1989, la cual equipara los derechos y responsabilidades de ambos padres en la crianza de los hijos y permite otorgar la custodia compartida incluso cuando los padres no estén de acuerdo, siempre priorizando el principio del bienestar de los hijos, es decir, el *welfare principle* de los hijos.

En Italia, conforme a la Ley de 2006, el Código Civil en su art. 155.2 indica que el juez debe dar prioridad a la evaluación de la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo

el cuidado de ambos padres. En Francia, según la ley de 2002, el art. 313.2.9 del Código Civil francés prevé que el juez inclusive puede imponer la résudence alternée incluso si ninguno de los padres está de acuerdo (Samaranch & Di Nella, 2012, pg. 123).

3.2. Factores que influyen en la implementación de custodia en la región

3.2.1 Corresponsabilidad parental: trabajo doméstico y de cuidados

En muchos países de América Latina, se han implementado políticas y programas para promover la corresponsabilidad parental en el trabajo doméstico y de cuidados. Por ejemplo, en Argentina, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que ambos padres tienen la responsabilidad de cuidar y criar a sus hijos. En Chile, se ha implementado un programa llamado "Chile Crece Contigo" que busca promover la corresponsabilidad parental en el cuidado de los niños y niñas. (Chile Crece Contigo, 2010)

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, la corresponsabilidad parental en el trabajo doméstico y de cuidados sigue siendo un desafío en la región. Según un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), solo el 26% de los hombres en América Latina y el Caribe participan en el cuidado de los niños y niñas. Además, la pandemia de COVID-19 ha aumentado la carga de trabajo doméstico y de cuidados para las mujeres en la región, lo que ha puesto de relieve la necesidad de políticas y programas que promuevan la corresponsabilidad parental. (Guezmes, et. al. 2023)

En Ecuador, no existen en la actualidad planes, programas o proyectos que impulsen a la corresponsabilidad parental en el trabajo doméstico y de cuidados es un tema importante no solo a nivel nacional sino mundial. Es necesario seguir trabajando en políticas y programas que promuevan la igualdad de género y la corresponsabilidad parental.

3.2.2 Síndrome de Alienación parental

Richard Gardner, el creador del Síndrome de Alienación Parental (SAP), es un psiquiatra que caracteriza este síndrome como "una perturbación psiquiátrica que surge en el contexto de disputas legales por la custodia de niños, especialmente cuando la disputa es prolongada y amarga”. (Gardener, 1999). Se define a la alienación parental como aquellas conductas que llevan a cabo la madre o el padre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor.

A nivel internacional, se percibe una evaluación crítica del síndrome de alienación parental (SAP). La Organización de Naciones Unidas lo define como una teoría pseudocientífica que sostiene que las madres manipulan a los hijos en contra de los padres, sin tener en cuenta la posibilidad de que pueda existir violencia o abuso que contribuya a la alienación del niño de su padre. El Comité CEDAW ha instado a los Estados Parte a eliminar su uso en los procedimientos judiciales. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud no ha reconocido la existencia del SAP, a diferencia de la literatura, ya que considera que no constituye un término médico, sino que ha sido usado en contextos legales de disputas de custodia en divorcios. (Weidenslaufer, C., Lampert, M., & Truffello, P., 2023)

Por ende, colegimos en que la alienación parental es el resultado de que un progenitor hace que su hijo o hija se ponga en contra del otro progenitor, incitando al odio, incluso en base a chantajes, como una compra del cariño, eso es incorrecto moralmente. Esta figura no está regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuestión que a mi parecer debería ser urgentemente incorporado y también socializado a la ciudadanía. Actualmente lo que sucede es que para que no quede en la impunidad podría caber el delito de violencia psicológica por el verbo rector de manipular, sin embargo, esto no resulta eficaz, se necesita de una normativa para ello.

Por ejemplo, en Brasil, existe la Ley No. 12.318, la cual combate los actos del SAP para frenar episodios de este fenómeno. Tiene una técnica legislativa muy calificada, convirtiéndolo en uno de los pocos países que lo regulan dándole la importancia que se debería tomar a la problemática de la alienación parental. Será deseable que en el futuro se tome debida consideración de este significativo referente de derecho comparado que nos brinda el país vecino.

3.2.3 Paternidad activa e igualdad de género

De acuerdo con el informe: “Paternidad activa: La participación de los hombres en la crianza y los cuidados”, del Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2022, los hombres dedican en promedio tres veces menos tiempo al trabajo del hogar. Lo en mi opinión nos da un claro indicio de que debemos alertar para incentivar la participación activa de todos independientemente del género, en la crianza y cuidados de hijos.

Así también se menciona que promover la paternidad activa en los padres es relevante por distintas razones. Es creciente la evidencia que muestra que la participación del padre tiene un impacto positivo en el desarrollo y bienestar de sus hijas/os, incluso si no reside en el mismo hogar. Una paternidad corresponsable es también importante para avanzar en la igualdad de género y para el bienestar de la madre. Asimismo, la paternidad activa es importante porque incrementa la realización de los hombres con sus vidas y los lleva a cuidar más su salud. Revisaremos aquí cada una de estas dimensiones

La Red de Masculinidades y Paternidades Activas (Red MAPA) es una organización que trabaja en la promoción de la paternidad activa y la corresponsabilidad parental en América Latina. En su sitio web, la organización ofrece recursos y herramientas para promover la participación de los hombres en la crianza y los cuidados

Bravo, S. (2022) destaca la importancia de la corresponsabilidad parental y la necesidad de promover una paternidad activa para avanzar hacia la igualdad de género. Según un artículo de bbmundo, la paternidad activa puede aumentar el desarrollo cognitivo de los niños.

En virtud de todo lo expuesto podemos colegir que, la paternidad activa tiene múltiples beneficios para los hijos, incluyendo la mejora del desarrollo cognitivo, la autoestima, las habilidades sociales y el desempeño escolar. Además, puede reducir la violencia de género y mejorar la salud mental y física de los padres. Por tanto, es necesaria la inclusión de planes, programas, campañas en pro de su socialización.

3.2.3 Propuestas específicas para implementación de custodia

En primer lugar, una vez analizado el informe de segundo debate que se tiene respecto al COPINA considero que el cambio al término de custodia es el idóneo, no obstante, se siguen manteniendo preferencias maternas, cuestión que está lejos de implementar las disposiciones propuestas por la Corte Constitucional.

Al haber analizado legislación comparada en la materia puedo colegir que la custodia compartida es una opción viable para incorporar dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Propongo entonces que, si no se llega a un acuerdo entre padre y madre, se disponga como primera opción la custodia compartida, si bien no como una obligación de realizarlo siempre, porque eso dependerá de caso por caso, si establecerlo e incluso darle una definición.

Según Quezada (2018), al permitir la existencia de una implementación de un sistema de cuidado personal compartido se erige como una medida preventiva destinada a mitigar situaciones lamentablemente habituales en la actualidad, donde padres con custodia interfieren en el vínculo de sus hijos con el otro progenitor, o donde algunos padres optan por ausentarse de la vida de sus descendientes. Este régimen busca salvaguardar, en términos generales, el interés superior del niño, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos y reiterando a los padres que, si bien la separación o divorcio fue entre ellos, la relación con sus hijos es continua; los niños y niñas no deben experimentar una separación de ninguno de sus progenitores. Al respecto, me encuentro totalmente de acuerdo toda vez que respaldar un enfoque equitativo y personalizado en la implementación de la custodia compartida, considerando las particularidades de cada situación, puede garantizar que este enfoque beneficie verdaderamente el ISN, al tiempo que protege su seguridad y bienestar en casos específicos.

Implementar la custodia compartida en proyectos, campañas y políticas implica considerar diversos aspectos para asegurar su efectividad y equidad. Así pues, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el numeral 8 del Artículo 11 de la ley fundamental el cual reconoce el principio de progresividad, estableciendo que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

Es responsabilidad del Estado adoptar políticas públicas, planes, programas, proyectos, medidas legislativas, administrativas y judiciales, así como emprender cualquier acción necesaria para asegurar las condiciones sociales, económicas y culturales que protejan a la familia en sus diversas formas. Asimismo, se busca garantizar que aquellos encargados del cuidado de niñas, niños y adolescentes, así como sus progenitores, asuman sus responsabilidades de manera consciente. Debemos saber que hay padres que quieren ser parte activa de la vida de sus hijos, que no quieren ser visitantes, entonces se debe incentivar la corresponsabilidad parental. Además, se llevarán a cabo acciones específicas para fomentar la reunión de la familia, las cuales serán diseñadas y ejecutadas con la participación activa de la sociedad.

Algunas propuestas específicas para la implementación de la custodia podrían ser los siguientes: Educación y Sensibilización, se necesita, por ejemplo. desarrollar campañas educativas para sensibilizar a la sociedad sobre el maltrato infantil, problemas psicológicos de los NNA después de la separación de sus padres, los beneficios de la custodia compartida para

los niños y para promover la igualdad de género en la crianza; Flexibilidad Laboral, promover políticas laborales que ofrezcan flexibilidad de horarios y opciones de trabajo remoto para padres que compartan la custodia, permitiéndoles cumplir con sus responsabilidades parentales sin comprometer sus empleos; Participación Activa de Ambos Padres, fomentar la participación activa de ambos padres en las actividades escolares, médicas y extracurriculares de los niños, incluso cuando no estén viviendo juntos; Alienación parental: implementar campañas y capacitaciones para la socialización del SAP para que la Asamblea Nacional lo incorpore dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto como causal de revocatoria de custodia, como un tipo penal.

CONCLUSIONES

La normativa actual de Ecuador respecto a la "tenencia" debe actualizarse urgentemente. La Asamblea Nacional ya se ha excedido demasiado tiempo para reformar el CONA, Código de 2003 que ya debe reformarse e incluir todos los cambios que se ameritan en la materia tan importante como lo es NNA y no causar inseguridad jurídica.

La sentencia de la Corte es un hito en materia de derechos, puesto que esta permite descartar estereotipos y roles sesgados de género. No obstante, es imperativo que se profundice aún más en el ámbito de la niñez y adolescencia, ya que, dentro de su análisis, aborda de manera muy superficial a la corresponsabilidad parental. El cambio de enfoque de los padres hacia sus hijos e hijas adolescentes es no solo justo sino también esencial para continuar avanzando hacia una regulación adecuada de la custodia, de manera tal que se promueva tanto la maternidad y paternidad responsables.

Aun cuando se ha expulsado del ordenamiento jurídico este estereotipo de género, la realidad es que detrás hay toda una idiosincrasia retrograda de una visión donde las mujeres son las únicas aptas para el cuidado de los hijos y los padres proveen económicamente. Es absolutamente importante el plantear políticas públicas que puedan hacer que se supere esa realidad.

La alienación parental es una conducta sumamente grave que tiene un impacto significativo en la psiquis de los NNA. Se debe tipificar a la alienación parental como un delito dentro del Código Orgánico Integral Penal. Asimismo, debe ser establecida como una causal para la

reversión de la custodia. Además, es crucial difundir información sobre este tema mediante capacitaciones dirigidas a funcionarios judiciales, abogados especializados en la materia, así como también a la sociedad civil en general. Ignorar esta problemática podría tener consecuencias perjudiciales para el bienestar emocional de los NNA, y es imperativo abordarla de manera proactiva.

Tras examinar la legislación comparada en la materia, así como la propuesta del COPINA, concluyo que la custodia compartida emerge como una alternativa factible para integrar en nuestro marco legal. Propongo que, en ausencia de un acuerdo entre los padres, se considere la custodia compartida como la primera opción, aunque no necesariamente como una obligación universal, sino como una elección que se ajuste a cada caso particular, incluso con la posibilidad de otorgarle una definición clara.

RECOMENDACIONES

Por todo lo expuesto recomiendo haya un cambio de terminología, puesto que se necesita urgentemente, no solo con el término tenencia, sino también con otros que causan confusión y a la vez no se ajustan a los tratados internacionales de la materia. El lenguaje jurídico debe actualizarse y mantenerse a la vanguardia.

Recomiendo que la organización civil en conjunto con el Estado organice campañas, proyectos en pro de importantes temáticas como son la alienación parental, maltrato infantil. La falta de datos específicos sobre la violencia infantil y la omisión de la alienación parental pueden limitar la comprensión completa de los desafíos relacionados con la custodia. Este señalamiento destaca la necesidad de un enfoque más inclusivo y balanceado al abordar la complejidad de las dinámicas familiares y la violencia en el ámbito doméstico. Es crucial que esta se implemente de manera efectiva. Esto implica la necesidad de campañas de concienciación y programas de capacitación que fomenten una comprensión más profunda de los derechos de NNA.

La promoción de la corresponsabilidad parental y una paternidad activa es esencial para avanzar hacia la igualdad de género y el desarrollo cognitivo de los niños. Se deben implementar políticas públicas que fomenten la participación igualitaria de los padres en la crianza de sus hijos. Estas políticas pueden incluir campañas de sensibilización sobre la alienación parental y la importancia de la igualdad de género en la crianza. Estas medidas

pueden contribuir significativamente a la construcción de una sociedad más equitativa en términos de género.

La lucha por esta noble causa en pro de la defensa de los derechos de NNA sigue en pie, no ha terminado y no terminará, hay mucho que regular y normar como es el caso de la alienación parental.

Promover la corresponsabilidad parental y una paternidad activa es esencial para avanzar hacia la igualdad de género y que esto también puede tener beneficios para el desarrollo cognitivo de los niños. La participación igualitaria de los padres en la crianza de los hijos no solo beneficia a las familias, sino que también es un paso importante para lograr una sociedad más equitativa en términos de género. Para ello, se necesitan diversas políticas públicas que sepan afrontarlas.

Por último, esto implica también realizar capacitaciones no solo a funcionarios judiciales sino también a los equipos técnicos de las unidades de familia, mujer, niñez y adolescencia respecto a la alienación parental. Es necesaria la educación y sensibilización sobre la custodia, apoyo jurídico y psicológico, participación activa de ambos progenitores, evaluación continua y ajustes de políticas. Estas medidas se traducen en un enfoque integral que busca el bienestar de los niños y la equidad de género en el ámbito familiar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuña San Martín, M. (2013). *El principio de corresponsabilidad parental.* Revista de derecho (Coquimbo), 20(2), 21-59. Recuperado de https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002

Acuña San Martín, M. (2018). *Seminario Internacional. Corresponsabilidad parental. En especial el abordaje del cuidado y comunicación.* Recuperado de https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/seminario_legislar_marcela_acuna.pdf

Alda Facio. (1999). *"Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Fríes (Editoras), Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos.* Recuperado de https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Art%C3%ADculo%2016,caso%20de%20disoluci%C3%B3n%20del%20matrimonio.

Asamblea Nacional del Ecuador. Comisión De Protección Integral A Niñas, Niños Y Adolescentes. *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia (César Córdova, Defensor del Pueblo / 416884).* Recuperado de https://www.asambleanacional.gob.ec/es/multimedios-legislativos/78460-proyecto-de-ley-organica-reformatoria

Asamblea Nacional. Comisión Especial Ocasional para atender temas y normas sobre niñez y adolescencia. (2021). *Informe para Segundo Debate del PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO PARA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.* Recuperado de http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f63b78b7-9feb-44dc-b7e6-0eb46ed24be9/informe_aprobado_para_segundo_debate_del_proyecto_de_ley_de_copinna.-signed.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. *Codificación del Código Civil del Ecuador*. Recuperado de https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (2020). *Sala de prensa. Definen cambios a tenencia y patria potestad en reformas al Código De Niñez.* Recuperado de https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/65448-definen-cambios-tenencia-y-patria-potestad-en-reformas

Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Sala de prensa. Comisión de la niñez presentará hasta el 22 de agosto el texto final del proyecto de código de protección a niñas, niños y adolescentes*. Recuperado de https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/86445-comision-de-la-ninez-presentara-hasta-el-22-de-agosto-el

Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos.* Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Barrera, V. (2015). *Los derechos de los niños, niñas y adolescenes y los juicios de tenencia.* Universidad Técnica de Ambato.

Cabrera Vélez, J.P. (2008). *Tenencia; legislación, doctrina y práctica.* Quito: Cevallos.

Campos García, S. (2009). *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista IIDH,* (50),351-378. http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf

Castillo J., y H. Morales (2013). *Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas*. Educación y humanismo, 15(24), 107-121. Recuperado de https://n9.cl/he48

Catalán Frías, M. J. (2011). *La custodia compartida*. Revista Derecho y Criminología: Anales, (1), 57-82. Recuperado de https://n9.cl/65vs

Centro Zonal. *Defensoría de Familia. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. (2017). AUTO No. 144. Santiago de Cali.

Código De La Niñez Y Adolescencia. (2003). Registro Oficial Nº. 737 de 3 de enero de 2003. Ley No. 2002-100. Quito: Congreso del Ecuador. Recuperado el 12 de abril de 2023 de https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-09/Documento_C%C3%B3digo-Ni%C3%B1ez-Adolescencia.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

Constitución de la República del Ecuador. [Const.]. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Montecristi. Última modificación: 25-ene.-2021.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021) *CASO No. 28-15-IN Corte Constitucional 24 de noviembre de 2021). Sentencia de inconstitucionalidad de la Preferencia Materna de la Tenencia*. Quito: CCE.

Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 294 a 296.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 140

Cillero, M. (1998). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. Recuperado de http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Defensoría del Pueblo. (2022). *Oficio Nro. DPE-DPE-2022-0091*. "PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PARA REGULAR LA TENENCIA".

Eduardo Delgado. Padres piden la tenencia compartida de sus hijos. El País. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/padres-piden-tenencia-compartida-hijos.html

Griesbach, M. (2013). *Bienes públicos regionales para la atención integral de la primera infancia: lineamientos comunes, garantías mínimas y protocolos regionales*, México, Cepal, Sede Subregional México. Recuperado de *https://corteidh.or.cr/tablas/r35198.pdf*

Güezmes García y M. N. Vaeza (coords.), "Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad del cuidado con igualdad de género", Documentos de Proyectos (LC/TS.2022/175/Rev.1), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), 2023

Kuin Cajamarca. (2016). *La tenencia compartida solución o conflicto.* Recuperado el 12 de abril de 2023 de: http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/23668

INEC. (2015). *Anuario de matrimonios y divorcios.* Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-legal-padres-tenencia-hijos.html

Ley 26.061 De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Recuperado de https://amsafe.org.ar/wp-content/uploads/PDFs/NORMATIVA/ley-26061-de-proteccin-integral-nias-nios-y-adolescentes.pdf

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado de 5 de julio de 2021, núm. 134. España. Recuperado el 31 de octubre de 2023 de https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con

Ley Orgánica De La Defensoría Del Pueblo. (2019). Registro Oficial Suplemento 481. Quito: Asamblea Nacional. Recuperado el 12 de abril de 2023 de https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2019/06/LeyOrg%C3%A1nica-de-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo.pdf

Londoño Toro, B. (2017). *La eficacia de las sentencias en la protección de los derechos humanos*. Revista de Derecho, 46, 121-143.

Mero Ramírez. (2021). *Tenencia compartida derechos de los padres o connatural NNA*. Recuperado el 12 de abril de 2023 de http://201.159.223.180/bitstream/3317/16837/1/T-UCSG-POS-MDDP-92.pdf

Ministerio de Justicia. (2013). *Ley 20680*. Recuperado el 31 de octubre de 2023 de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1052090

Murillo, C. & Vásquez, J. (2020). *Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Viabilidade de posse compartilhada de acordó com o bloco de constitucionalida de do Ecuador.* Revista Científica FIPCAEC, 12 (3), 56- 60. https://n9.cl/7uf4o

Nielsen, L. (2018). *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research. Journal of Divorce and Remarriage*, 59(3), 189-217.

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos.* Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia.* Recuperado de https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNi no-WEB.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Recuperado de https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGenerales DelComite DeLos Derechos DelNino-WEB.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Recuperado de https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Peralta, S. (2019). *Análisis de la tenencia compartida a la luz de los enfoques interdisciplinarios en el proyecto de reforma de Ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. (Trabajo de grado, PUCE) Recuperado de http://repositorio.puce.edu.ec:80/handle/22000/18453

Pérez, N. (2017). *Custodia compartida: un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en la legislación ecuatoriana*. (Trabajo de grado). Universidad Central del Ecuador: Quito, Ecuador.

Puente, S. y García, C. (s.f.). *Matriz de retroalimentación al proyecto de ley COPINNA.* Consejo Nacional para la Igualdad de Género. Recuperado de https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/05/MATRIZ-DE-RETROALIMENTACI%C3%93N-AL-PROYECTO-DE-LEY-COPINNA_CSN.pdf

Quezada, P. (2019). *Custodia Compartida y el Derecho de cuidado de los hijos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

UNFPA. (2021). *Paternidad activa: La participación de los hombres en la crianza y los cuidados.* Recuperado de https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/paternidadactiva.pdf

UNICEF. (2023). *Fortalecimiento del Sistema Descentralizado de Protección Integral de Niñez y Adolescencia.* Recuperado el 12 de abril de 2023 de https://www.unicef.org/ecuador/fortalecimiento-del-sistema-descentralizado-de-protecci%C3%B3n-integral-de-ni%C3%B1ez-y-adolescencia

Rojas Buenaño. (2022). *La tenencia compartida y los derechos NNA*. (Trabajo de grado) Recuperado el 12 de abril de 2023 de http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/9288

Romero Coloma, A. (2011). La guarda y custodia compartida: Estudio de la realidad jurídico-práctica española. Editorial: Editorial Reus. ISBN: 978-84-290-1662-8

Saldívar, A., Díaz, R., Reyes, N., Armenta, C., López, F., Moreno, M., Romero, A., Hernández, J. y Domínguez, M. (2015). *"Roles de Género y Diversidad: Validación de una Escala en Varios Contextos Culturales".* Acta de investigación psicológica, 5/3. Págs. 2124-2147.

Samaranch, E., & Di Nella, D. (2012). Monoparentalidad y Responsabilidad Parental. En T. Picontó, La custodia compartida a debate (págs. 101-130). Madrid: Dykinson.

Sariego, J. L. (2010). La custodia compartida en Estados Unidos. Recuperado el 28 de 04 de 2017, de http://www.lexfamily.eu/wp-content/uploads/2014/12/La-custodia-compartida-en-Estados-Unidos.pdf

Simon, F. (2009). *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del niño a las Legislaciones Integrales* (Vol. Tomo II). Quito - Ecuador.

Simon Campaña, F. (2014). *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva.* Quito: Ediciones Iuris Dictio. Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia.

Simon Campaña, F. (2022). *Manual de derecho de familia*. Editorial Cevallos Editora Jurídica. ISBN: 978-9942-794-23-9

Torres Sánchez, X. y Puchaicela Huaca, C. (2019). *Derecho de familia: Evolución y actualidad en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. ISBN: 978-9942-10-453-3.

Weidenslaufer, C., Lampert, M., & Truffello, P. (2023). *Alienación parental Definiciones, antecedentes legislativos en Chile y derecho comparado.* Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34183/1/BCN_alienacion_parental_2023_CW_MPL_PT.pdf

Entrevistas:

Carrión, P. (2023). Falta de políticas públicas en materia de NNA. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Dávalos, L. (2023). Proceso de análisis COPINA. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Peralta, S. (2023). Visión práctica jurídica sobre la custodia. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Regalado, E. (2023). Visión práctica jurídica sobre la custodia. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Rodríguez, E. (2023). Visión práctica jurídica sobre la custodia. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Robles, F. (2023). Visión práctica jurídica sobre la custodia. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Oña, F. (2023). Falencias institucionalidad. (C. V. Crespo Cano, Entrevistador)

Bibliografía:

Ávila, R. (2007). Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos. UASB-Ecuador. Recuperado de https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/326/325/

Ávila, R. (2008). Neoconstitucionalismo y Sociedad. 1ra. Edición. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. Recuperado de https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/neoconstitucionalismo.pdf

Barcia Lehmann, Rodrigo. (2018). *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*. Ius et Praxis, 24(2), 469-512. Recuperado de https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2011). *Alienación Parental*. ISBN: 978-607-8211-22-7. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf

Ibañez, V. (2004). "*El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados".* Boletín de Derecho de Familia, año 4, no. 40 y 41.

Instituto Nacional de las Mujeres. (2007*). El impacto de los estereotipos y los roles de género en México.* Recuperado de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100893.pdf

Lathrop Gómez, F., (2010). *(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del código civil chileno*. Ius et Praxis, 16(2),147-184. ISSN: 0717-2877. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19715603006

López de Carril, J. (1999). Derecho de familia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Maida S, A., Herskovic M. & Prado A. (2011). *Síndrome de alienación parental*. Revista chilena de pediatría, 82(6), 485-492. Recuperado de https://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062011000600002

Portilla, D., Moya., R., & Pinto, C. (2021). *Perspectivas y tendencias actuales del concepto de alienación parental: una revisión sistemática de la literatura*. Terapia psicológica, 39(2), 237-255. Recuperado de https://dx.doi.org/10.4067/s0718-48082021000200237

Rodríguez, M. (2009). *El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia.* Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N0 3, pp. 545 – 586. Recuperado de https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n3/art05.pdf

Salgado Álvarez, J. (2013). *Manual de formación en Género y Derechos humanos.* Quito: Corporación Editora Nacional.

Shinno Pereyra, V. E. (2021). *La pérdida de la tenencia por alienación parental*. Lumen, 17(2), 254–266. Recuperado de https://doi.org/10.33539/lumen.2021.v17n2.2471

Venegas, J., Rodríguez, A., Álvarez, D., & Soto, J. (2018). Responsabilidades Legales de los niños. Ciudad de México: Academia Journals.

Zabala, L. (2019*). De la autoridad a la responsabilidad parental*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Zaidán, S. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5048/1/T1942-MPDCZaid%c3%a1n-El%20derecho.pdf

Zaidán, S. (2018). "El derecho de cuidado y el principio de corresponsabilidad: una reflexión para el ordenamiento jurídico ecuatoriano". EN Quezada, P. *Custodia Compartida y el derecho de cuidado de los hijos.* (pg. 9). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.