

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

***“ANÁLISIS DEL ALCANCE DEL DERECHO DE CUIDADO
DE LOS HIJOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO:
EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS”***

PAOLA CAROLINA QUEZADA NOBOA

DIRECTOR:
SALIM ZAIDÁN ALBUJA

QUITO, 2017



Quito, 28 de agosto de 2017

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.

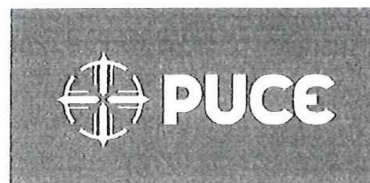
De mis consideraciones:

En respuesta a su oficio N.094-SJG-2017 de fecha 8 de agosto del presente año, presento el informe solicitado en calidad de Profesor Informante de la Disertación de Abogacía titulada "ANÁLISIS DEL ALCANCE DEL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS" presentada por la señorita PAOLA CAROLINA QUEZADA NOBOA, previo a la obtención del título de abogada.

La disertante desarrolla el tema en tres capítulos organizados en su orden de la siguiente manera: En el primero, se estudia el alcance jurídico del concepto del cuidado en el régimen jurídico ecuatoriano a través de la patria potestad, guarda, tenencia y el cuidado personal de los hijos; en el capítulo segundo, que se titula "conceptos vinculados con el derecho de cuidado de los hijos en materia de niñez", se desarrolla el principio del interés superior del niño, la igualdad de género para ejercer la coparentalidad y la definición de familia ampliada en la que establece una categorización teórica de algunas configuraciones familiares. El tercer capítulo desarrolla el derecho de cuidado de los hijos en el Derecho Internacional comparado y nacional, en donde se cuestiona si se trata de un derecho medio – dependiente o un derecho fin – independiente para finalizar con la regulación vigente en el Ecuador y presentar como perspectiva el Proyecto de Ley Reformatoria del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia. Por último la disertación cuenta con conclusiones y recomendaciones.

El tema de la Disertación es actual y de relevancia jurídica; en su desarrollo cumple con los requisitos exigidos para un trabajo académico de esta naturaleza.

Con relación a la investigación, me permito realizar dos observaciones. La primera, respecto al derecho del niño al cuidado, se evidencia una deficiencia del enfoque específico de niñez y adolescencia y del fundamento de dicho derecho; elementos medulares del tema de la disertación con cuyo análisis se hubiere enriquecido el contenido y las conclusiones y recomendaciones. En segundo lugar, al desarrollar el



tema del derecho del niño al cuidado, la tesista pretende incorporar el enfoque de género al desarrollar los estereotipos relacionados con la crianza de los hijos; y, al hacerlo a veces incurre en un enfoque adultocéntrico en el que prevalece la "igualdad de género" en el ejercicio de la responsabilidad parental sin desarrollar las eventuales afectaciones a los derechos del niño, ni considerar la responsabilidad del estado para generar las condiciones para el ejercicio de la parentalidad. La perspectiva de género como categoría de análisis no se visibiliza, por ejemplo para cuestionar la economía del cuidado, con lo cual la reflexión y el análisis respecto al cuidado del niño queda reducido al ámbito familiar.

Por las consideraciones expuestas, la nota que corresponde a la Disertación titulada "Análisis del Alcance del Derecho de Cuidado de los Hijos en el Sistema Jurídico Ecuatoriano: Evolución y Perspectivas" es la de NUEVE sobre DIEZ.

Muy atentamente,

A handwritten signature in dark ink, which appears to read "Dra. Adriana Monesterolo".

Dra. Adriana Monesterolo
Profesora Agregada PUCE

ANTONIO QUEVEDO (1900 - 1987)
ALEJANDRO PONCE Y CARBO (1918 - 1988)
JUAN M. QUEVEDO
ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ
ALFREDO GALLEGOS BANDERAS
ROQUE ALBUJA IZURIETA
SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO
ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO
ALEJANDRO PONCE VILLACIS
LUIS PONCE PALACIOS
MONSERRAT BARRENO BRAVO
PEDRO LEIVA GALLEGOS
MARÍA DANIELA ROMÁN AGUINAGA
SANTIAGO PONCE ROSE
GALO TERÁN VARELA

QUEVEDO & PONCE

ESTUDIO JURIDICO
FUNDADO EN 1941

OFICINA PRINCIPAL
TORRE 1492 AV. 12 DE OCTUBRE Y LINCOLN 16TO. PISO
APARTADO: 17-01-600
TELÉFONOS: 593 2 2986-570
FAX: 593 2 2986-580
QUITO - ECUADOR

Web: www.quevedo-ponce.com
Correo E.: quepon@quevedo-ponce.com

CASILLA JUDICIAL 572

GUAYAQUIL: VELEZ 220 Y CHILE OF. 1003
TELÉFONO: 593 4 2534 634
FAX: 593 4 2534 888
CORREO E.: quepongy@quevedo-ponce.com
CUENCA: AV. FLORENCIA ASTUDILLO
Y ALFONSO CORDERO
EDIF. CAMARA DE INDUSTRIAS PISO 3 OF. 303
TELÉFONO: 593 7 4218 100
CORREO E.: santiago.ponce@quevedo-ponce.com
CUMBAYÁ: BERNABÉ LOVATO 523-49
MIRAVALLE, CUMBAYÁ
TELÉFONOS: 593 2 2897 567
CORREO E.: poncev.alejandro@quevedo-ponce.net
IBARRA: OVIEDO 7-39 Y BOLÍVAR
EDIF. MUTUALISTA IMBABURA OF. 703
TELEFAX: 593 6 2952 226
CORREO E.: pedro.leiva@quevedo-ponce.net
TULCÁN: SUCRE N° 48-015
Y 9 DE OCTUBRE PISO 1
TELÉFONO: 593 6 2984 220
CORREO E.: galo.teran@quevedo-ponce.com

*Señor Doctor, favor agregar a la
copia del testamento. J.P.T.
2017/08/29*

Quito, 28 de agosto de 2017

Señor doctor

Iñigo Salvador Crespo

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Ciudad.-

Apreciado señor Decano:

En relación con la disertación de abogacía intitulada "ANÁLISIS DEL ALCANCE DEL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO: EVOLUCIÓN Y PRESPECTIVAS", expreso:

En lo que atiende a paternidad y maternidad potencial o actual, la discusión a nivel internacional y nacional olvida que el derecho del niño o del adolescente prima sobre cualquier otro, justamente por su interés superior; por lo que es errónea la posición que pretende una supremacía del derecho al niño, que podría ser egoísta o deshumanizado. En otras palabras, no hay derecho al niño, sino derecho del niño, lo cual se olvida de tal modo, que cada día surgen nuevas teorías que justifican, en algunos países, situaciones jurídicas extremas. Por ejemplo, si una persona ha sido concebida por inseminación artificial no tiene derecho a conocer la identidad de su progenitor, salvo excepciones de salud, porque su madre adquirió ese compromiso. Obviamente desde esa perspectiva, el padre (una suerte de semental que vende su esperma, puesto que no es verdad que la dona), hace posible que nazcan aquellos que de otro modo no vivirían y esto tiene que ser apreciado y recompensado a punto tal, que si ni siquiera debe conocerse su identidad, menos aún podría reclamársele alimentos o responsabilidades parentales, entre las que se encuentra la obligación de cuidarlo. La legislación foránea ha retrocedido únicamente en cuanto a establecer que los hijos pueden conocer la identidad de su "padre" biológico, al cumplir determinada edad, pero sólo eso.

Alcance

*Señor Doctor, favor agregar a la
copia del testamento. J.P.T.
2017/08/29*

En ese orden de cosas, me parece que el trabajo que informo tiene una gran importancia, al analizar el derecho de cuidado, desde las dos perspectivas, esto es, desde la de los hijos y la de los padres, lo cual se olvida con mucha frecuencia, especialmente en una sociedad en la que el compromiso matrimonial y el de los convivientes se disuelve permanentemente, dando lugar a nuevas uniones, en las que no se piensa en los hijos, los cuales con frecuencia sufren situaciones de abandono, más allá de lo que dispone la normativa ecuatoriana.

Incluso, los profesionales del derecho se prestan para descalificar moralmente a quienes se encuentran en tenencia de sus hijos, para arrebatárselos a fin que sus clientes no paguen alimentos. Esas criaturitas terminan en manos de los abuelos, porque éstos no les exigen alimentos a sus hijos. En estos casos, ¿de qué corresponsabilidad parental se puede hablar?

Me temo que ninguna reforma legal pueda subsanar una crisis como la presente, si no se inculca valores en los padres, para tornarlos en personas responsables, que entiendan el compromiso que asumen con la paternidad y la maternidad.

Por el mérito del trabajo, lo califico con diez y sugiero su publicación.

Atentamente,



Dr. Roque Albuja Izurieta

AGRADECIMIENTO

A Dios, por iluminar cada uno de mis pasos.

A mi madre, por ser desde siempre mi fuerza, coraje y apoyo.

A mi familia y amigos, los que están y los que partieron, por los ánimos y la presencia,
incluso desde lejos.

ABSTRACT

The care that girls and boys should receive from their parents is an issue that is often discussed among adults and is resolved only by appealing to their personal interests.

The present dissertation deals with the child care right, a right that needs to be fulfilled mainly by the father and the mother. Based on the assumption that both parents are under equal conditions, both physical and emotional, to take care of their children, this research analyzes the main concepts that are related to the care to which the children are entitled, which are: parental authority and child custody. We analyze the incidence of using these terms, which are discordant with the current social reality, and the changes that should be made for a greater affinity with the protection of rights.

Subsequently we analyze certain areas that are closely related to the care that the children should receive from their parents and that should be taken into consideration when deciding disputes about child custody; these areas are: the best interest of the child; gender perspective, which includes the analysis of gender biases and masculinities; and the diversity of families.

In addition, we did a systematic analysis to study the presence of the child care right within International Law as well as in Comparative Law and in the Ecuadorian legal system, especially linked to the principle of parental co-responsibility and co-parenting. We have shown the linking of the child care right with the rest of the children rights enshrined constitutionally and legally in Ecuador, to complete the analysis justifying whether the child care right is an end or autonomous right, or a middle or independent right.

Finally, a comparative analysis is carried out between the current legal regulation of Ecuador and the reforms proposed by the former President Rafael Correa, on issues related to the child care right, such as custody, visiting arrangements and maintenance.

RESUMEN

Los cuidados que niñas y niños deben recibir por parte de sus progenitores es un tema que muchas veces se debate entre adultos y se resuelve solamente apelando a sus intereses personales.

La presente disertación trata acerca del derecho al cuidado que tienen niños y niñas, derecho cuyos principales obligados son el padre y la madre. Partiendo del presupuesto de que ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones, tanto físicas como emocionales, para hacerse cargo de sus hijos, esta investigación analiza los principales conceptos que se encuentran vinculados con el cuidado al que los hijos tienen derecho, que son: la patria potestad, la tenencia y la guarda. Se analiza la incidencia de utilizar dichos términos, que son discordantes con la realidad social actual, y los cambios que deberían realizarse para una mayor afinidad con la protección de derechos.

Posteriormente se analizan ciertos ámbitos que se encuentran estrechamente vinculados con el cuidado que los hijos deben recibir por parte de sus padres y que se deben tomar en consideración al momento de resolver controversias sobre la custodia de los niños y niñas; estos ámbitos son: el interés superior del niño; enfoque de género, que incluye el análisis de sesgos de género y masculinidades; y la diversidad de familias.

Además, se realizó un estudio sistematizado de la presencia del derecho al cuidado de niños y niñas dentro del Derecho Internacional, así como también en el Derecho Comparado y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sobretudo vinculado con el principio de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Se evidencia la vinculación del derecho al cuidado con el resto de derechos de la niñez consagrados constitucional y legalmente en Ecuador, para completar el análisis justificando si el derecho al cuidado de los hijos es un derecho fin o autónomo, o un derecho medio o independiente.

Finalmente, se realiza un análisis comparativo entre la regulación legal actual ecuatoriana y las reformas planteadas por el ex presidente Rafael Correa, en temas vinculados con el derecho al cuidado de los hijos, como es: tenencia, régimen de visitas y manutención o pensión de alimentos.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	3
ALCANCE JURÍDICO DEL CONCEPTO DE “CUIDADO” EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.....	3
1.1. Patria Potestad.....	5
1.2. Guarda.....	9
1.3. Tenencia.....	12
1.4. Cuidado personal de los hijos.....	14
CAPÍTULO SEGUNDO.....	19
CONCEPTOS VINCULADOS CON EL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN MATERIA DE NIÑEZ	19
2.1. El principio del Interés Superior del Niño.....	19
2.2. Igualdad de género para ejercer la coparentalidad.....	29
2.2.1. Estereotipos de género relacionados con el cuidado de niños y niñas.....	29
2.2.2. Masculinidades y cuidado de los niños y niñas.....	39
2.3. Definición ampliada de familia y su relación con el derecho de cuidado de los hijos.....	47
CAPÍTULO TERCERO.....	57
EL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, COMPARADO Y NACIONAL.....	57
3.1. El cuidado desde el punto de vista psicológico, antropológico y social.....	57
3.2. El derecho de cuidado de los hijos en el Derecho Internacional.....	63
3.3. El derecho de cuidado de los hijos en el Derecho Comparado.....	66
3.4. El derecho de cuidado de los hijos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	74
3.4.1. El derecho de cuidado en la Constitución de la República del Ecuador	74
3.4.2. Derechos de los niños y niñas vinculados al derecho de cuidado de los hijos.....	77
3.4.3. El derecho de cuidado de los hijos: ¿un derecho medio-dependiente o un derecho fin-independiente?.....	81
3.4.4. Regulación vigente en Ecuador y proyecto de reforma de ley.....	84
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	96
BIBLIOGRAFÍA.....	100

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, recoge una gran cantidad de derechos que amparan a la niñez y adolescencia del país. El principio rector, que es transversal a todo derecho y deber de los ciudadanos ecuatorianos, es el interés superior del niño, plasmado también en varios instrumentos internacionales.

Sin perjuicio de la libertad que tienen las personas de elegir permanecer o no en matrimonio, los datos estadísticos de divorcios en el Ecuador arrojan cifras alarmantes; pues éstos han incrementado en un 83,45% en la última década, al pasar de 13.981 en 2006 a 25.468 en 2016 (INEC, 2017). Además, de los matrimonios que se divorciaron en estos últimos diez años, 1.249 hombres se quedaron con la custodia de sus hijos, frente a 14.669 mujeres en esta misma condición (INEC, 2017). A parte de estas cifras, se debe considerar el alto nivel de separaciones de parejas de hecho que han existido en nuestro país, de las que lastimosamente no se tiene datos estadísticos oficiales. Es por esto que se vuelve de vital importancia la atención a la responsabilidad que tiene el Estado de promover la corresponsabilidad materna y paterna y vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos¹, sobre todo en el caso de separación de los padres, y considerando que dicha corresponsabilidad es un deber de ambos progenitores en igual proporción.²

El adecuado ejercicio del principio de la corresponsabilidad parental es la clave para hacer efectivo el derecho de cuidado de los hijos, derecho que se encuentra presente en nuestro sistema jurídico pero que muchas veces ha sido invisibilizado por los mismos padres e incluso por las autoridades llamadas a precautelar el cumplimiento de este y el resto de derechos de los niños y niñas, que se encuentran estrechamente vinculados.

El mayor atropello al derecho de cuidado de los hijos se evidencia al momento de la separación de los padres, pues es ahí donde comienza el desequilibrio en el ejercicio de la corresponsabilidad parental y la gresca por quién se queda con la custodia (mal llamada

¹ Art. 69.5 de la Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

² Art. 83.16 de la Constitución de la República del Ecuador.

“Tenencia”) de los hijos. Generalmente estas disputas entre padres no consideran que lo que se busca es la protección de los derechos de los niños, sobre todo de su derecho a crecer y desarrollarse con la presencia de ambos progenitores, y terminan en discusiones absurdas que buscan favorecer los intereses personales de los padres hasta el punto de utilizar a los niños y niñas como medio para obtener venganza por la ruptura de pareja.

Esta disertación busca evidenciar la presencia del derecho de cuidado en el sistema jurídico ecuatoriano y las fallas existentes en el mismo en cuanto a la aplicación de la coparentalidad responsable, tanto a nivel legislativo, incluyendo proyectos de reformas legales, jurisprudencial y dentro de políticas públicas, partiendo del estudio de los principales conceptos y corrientes del pensamiento que inspiraron a la implementación de esta figura en la Constitución de Montecristi, pero de la cual no se ha logrado su desarrollo normativo de forma eficiente.

Para el desarrollo de esta disertación se utilizará el método analítico como metodología principal, considerando el hecho social generador de la norma que inspira el presente estudio, mismo que radica en el desbalance del ejercicio de la patria potestad y el cuidado que los hijos reciben por parte de sus progenitores una vez que ellos se han separado. Cabe recalcar que esta disertación, al hablar de “hijos e hijas”, se centrará en el estudio de niños y niñas, analizando tangencialmente el tema de adolescentes. Además, se parte del presupuesto de que la relación parental se proyecta en condiciones de normalidad, y ninguno de los dos progenitores se encuentra en situaciones desventajosas que lo puedan descalificar –maltrato infantil o negligencia parental–.

Se partirá de descomponer el problema en sus partes principales analizando diferentes conceptos y enfoques vinculados al cuidado de los hijos e hijas, así como también se realizará un análisis de Derecho Comparado e internacional que permitirá evidenciar el tratamiento del problema social en sistemas jurídicos similares al ecuatoriano, así como a nivel internacional. Finalmente se analizará comparativamente la legislación actual y las reformas planteadas al Código de la Niñez en el presente año, conjuntamente con las posibles herramientas de solución para lograr un ejercicio responsable de la corresponsabilidad parental y, por ende, garantizar la aplicación efectiva del derecho de cuidado de los hijos.

CAPÍTULO PRIMERO

ALCANCE JURÍDICO DEL CONCEPTO DE “CUIDADO” EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.

El término “cuidado”, dentro del sistema jurídico ecuatoriano, puede ser contextualizado desde varios puntos de análisis. El presente capítulo tendrá como fin el examinar el uso del término “cuidado” como *derecho* de los niños y niñas³ que son hijos de padres separados o divorciados.

La Constitución de la República del Ecuador – en adelante CRE- prevé la existencia de los llamados Grupos de Atención Prioritaria o Grupos Sociales con Derechos Específicos. Dichos grupos fueron introducidos en nuestro sistema jurídico pues presentan cierto grado de vulnerabilidad que hace que el Estado deba prestarles especial atención. Estos grupos se dividen en: adultas y adultos mayores; jóvenes; personas enmarcadas dentro de movilidad humana; mujeres embarazadas; niñas, niños y adolescentes; personas con discapacidad; personas con enfermedades catastróficas; personas privadas de libertad, y personas usuarias y consumidoras. Se incluyen también las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.⁴ La Carta Magna otorga a cada grupo determinados derechos y las obligaciones que tiene el Estado para que sea hagan efectivos dichos derechos.⁵

Dentro de esta parte de la Constitución se observa que se utiliza el término “cuidado” en tres grupos en específico: adultas y adultos mayores, mujeres embarazadas, y niñas, niños y adolescentes. Posteriormente también se reconoce a las y los jóvenes como sujetos activos del cuidado familiar⁶. En cuanto a adultas y adultos mayores, se establece la obligación del Estado de ofrecer atención en centros especializados que garanticen su nutrición, salud y cuidado diario, además de protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran

³ Se considera niño o niña a la persona que no ha cumplido doce años de edad. Art.4 Código de la Niñez y Adolescencia

⁴ Art. 35. CRE.

⁵ Art. 36 a 55. CRE.

⁶ Art. 329. CRE.

enfermedades crónicas o degenerativas.⁷ Por otro lado, para las mujeres embarazadas, el Estado les garantiza el derecho a la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y postparto⁸.

Finalmente, y dentro del ámbito que es de interés dentro de la presente investigación, se encuentran las niñas, niños y adolescentes. Para este grupo, la Constitución ha establecido que el Estado reconocerá y garantizará su vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.⁹ Además, se obliga al Estado a adoptar medidas para brindar atención a los menores de seis años que permitan garantizar su cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.¹⁰ Así mismo, la Constitución establece que se promoverá la maternidad y paternidad responsables y *tanto el padre como la madre* estarán obligados al cuidado, crianza, educación y desarrollo integral de sus hijos¹¹.

A partir de estas consideraciones se denota que no existe un “derecho de cuidado de los hijos” como tal sino más bien se entiende de la redacción de los preceptos constitucionales que sostienen el concepto de “corresponsabilidad parental” y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse de forma integral en un entorno familiar de afectividad y seguridad; también el derecho a tener una familia y disfrutar de una convivencia familiar. Cabe aclarar que se toma la consideración del “derecho de cuidado” desde la perspectiva de los niños, al establecer que éstos tienen derecho al cuidado y protección de ambos progenitores, más no se utiliza una perspectiva adultocéntrica¹² pues no se habla de derechos del padre o de la madre, aunque en realidad éstos estén íntimamente relacionados, como se revisará más adelante.

⁷ Art. 38 numeral 1 y numeral 8. CRE.

⁸ Art. 43 numeral 3. CRE.

⁹ Art. 45. CRE.

¹⁰ Art. 46.1. CRE.

¹¹ Art. 69. CRE.

¹² Se considera al adultocentrismo como la práctica por la cual la autoridad legítima y natural reposa en los adultos (DUARTE QUAPPER, 2012: párr.12). En otras palabras, el monopolio de las decisiones de una sociedad recae exclusivamente en las personas adultas.

El término “cuidado” suele confundirse con otros términos que habitualmente se cree que tienen un significado equivalente. Es por esto que se considera importante realizar una diferenciación de conceptos, para mantener un entendimiento claro de cada uno de ellos al momento del desarrollo de la presente investigación.

A continuación, se realizará una aproximación al significado de varios términos relacionados con “cuidado”, sin perjuicio de que, durante el desarrollo de la investigación, se profundizará más al respecto sobre algunos de ellos.

1.1. Patria Potestad.

Para BELLUSCIO (2011:831) la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. La denominación es tradicional, proviene del Derecho Romano, pero en realidad no responde estrictamente a su concepto actual, pues el derecho moderno no la caracteriza simplemente como la autoridad paterna sino como una institución del derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo menor y a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida. Para doctora MARCELA ACUÑA (2015: 57), quien cita a PÉREZ ÁLVAREZ, la patria potestad es un “sistema de protección, cuidado, asistencia física, moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo no emancipado”.

Como se puede ver, la patria potestad incluye tanto derechos como también deberes que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad. Esto discrepa con la definición que nuestro Código Civil le otorga a la patria potestad, pues éste la define como *el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados*.¹³ Cabe notar que, según el mismo cuerpo normativo, se debe entender como “hijos no emancipados” a todo hijo o hija desde el nacimiento hasta los 18 años de edad, que no se haya despojado de la patria potestad de forma voluntaria, legal o judicial.¹⁴

¹³ Art. 283. Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴ Art. 308. Código Civil.

Ahora bien, el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano (CoNA) por su parte, sostiene que la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.¹⁵

Se observa entonces cómo este Código, especial para la materia de niñez y adolescencia, sí recoge los postulados de la doctrina y aumenta al conjunto de derechos, las obligaciones de los padres para con sus hijos. En este punto es importante tomar en consideración el análisis realizado por Farith SIMON (2009:488) al afirmar que la doctrina suele referirse a “deberes” en la patria potestad y no a obligaciones. La noción “obligaciones” suele identificarse con los derechos patrimoniales. Actualmente la doctrina suele tratarlos como “derechos-deberes” para guardar conformidad con la función actual de la patria potestad, según el concepto de BELLUSCIO, considerada como institución del derecho de familia encaminada mas bien a la protección del hijo menor y a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida y no exclusivamente a los derechos sobre los bienes del hijo y su representación legal.

Se pone en evidencia que el Código Civil solamente se refiere al aspecto patrimonial de la patria potestad mas no a los aspectos personales de la misma. En realidad, la patria potestad reúne dos ámbitos: el personal y el patrimonial.

Dentro del ámbito personal de la patria potestad se debe incorporar las obligaciones que se encuentran contenidas en el Código Civil – cuidado, crianza y educación- y las del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su artículo 105 establece que la patria potestad incluye las obligaciones referentes al cuidado, educación, desarrollo integral y defensa de los derechos y garantías de los menores de edad (SIMON, 2009: 493). Por su parte, el ámbito patrimonial de la patria potestad se puede resumir en los siguientes aspectos: a) usufructo de los bienes del hijo o hija; b) administración de los bienes; y c) representación judicial y extrajudicial del hijo o hija menor de edad (SIMON, 2009:498).

¹⁵ Art.105. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003

Cabe recalcar que la patria potestad es ejercida en conjunto por ambos progenitores y que, en caso de separación de los mismos, el progenitor que no convive con los hijos sigue siendo titular de la patria potestad, pero no podrá ejercitarla, al menos de modo pleno (GONZÁLEZ MORENO, 2009:374). Sin embargo, el progenitor que no convive con los hijos no deberá ser privado de su opinión en las decisiones de trascendencia, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquél que les tenga en su compañía. En otras palabras, el progenitor custodio será quien esté a cargo de adoptar las decisiones concernientes a los actos ordinarios de la vida de los hijos, pero todo lo extraordinario y relativo a la potestad, debería ser discutido entre ambos progenitores (VILLAGRASA, 2012:97).

En nuestra legislación, el CoNA llega a asimilar el ejercicio de la patria potestad con la tenencia, pues el Art. 118 de dicho cuerpo normativo, al hablar sobre las reglas para encargar la tenencia de los hijos/as a uno de los progenitores, deriva a la aplicación del Art. 106 del mismo Código, en donde se establecen las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. Esto quiere decir que en nuestro país aún existe el sistema de conceder la autoridad parental solo al progenitor que obtenga la tenencia o guarda de sus hijos, sin considerar una responsabilidad parental conjunta, aun cuando los padres no convivan, cuando lo correcto sería considerar que, una vez que se ha atribuido la custodia de los hijos a uno de los progenitores, el resto de las facultades y funciones corresponderá a ambos progenitores ya que continúan compartiendo la titularidad y el ejercicio de la potestad parental, dando cumplimiento al principio de corresponsabilidad que como padres tienen (PICONTÓ, 2012:59).

Ahora bien, pienso que se debe ir más allá del reconocimiento de la patria potestad como conjunto de derechos y deberes de los padres sobre sus hijos. Es necesario que exista un cambio dentro del lenguaje jurídico utilizado.

Desde la pedagogía se ha visto necesario el cambio de este término ya que el concepto de “patria potestad” expresa posesión y autoridad sobre los hijos e hijas, tratando a los mismos como objetos de protección y no como *sujetos protegidos* en desarrollo (NOTRICA & RODRÍGUEZ ITURBURU, 2014:135), a la luz de la doctrina de la protección integral vigente en nuestro país. Patria potestad significa en latín “poder del padre”, concepto propio de un modelo patriarcal de sociedad, mismo que, hoy por hoy, no es un poder sino una función,

que es ejercida por el padre pero en conjunto con la madre, para procurar el cuidado, protección y desarrollo integral de sus hijos/as (GROSMAN C., 2008:1). Respecto a lo expuesto, CECILIA GROSMAN advierte que “detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos” (GROSMAN, 2006:107).

En varias legislaciones y resoluciones judiciales a nivel internacional ya se ha manifestado un cambio respecto al uso de este término. El Salvador, por ejemplo, utiliza el vocablo “autoridad parental”, aunque dicha expresión también se encuentra en revisión (CATALDI, 2015:1). En España se utiliza el término “potestad parental”, mismo que la doctrina y jurisprudencia españolas han considerado que resulta inclusivo en temas de género y vinculado con el contenido de las facultades, deberes y funciones inherentes, institución que se encuentra presidida por el interés superior del niño, con una intervención garantista cada vez mayor de los poderes públicos y una participación directa del propio niño o niña (VILLAGRASA, 2012:81).

Pero el término “responsabilidad parental”, utilizado por países como Inglaterra y Argentina¹⁶, es el que considero apropiado pues, en primer lugar, dicho vocablo se armoniza con el Art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño en que se establece las “responsabilidades” de ambos progenitores, y en segundo lugar, porque el reemplazo de este término simboliza y focaliza la transformación que ya existe en la dinámica familiar en nuestra sociedad, sobre todo en la relación y vínculo de padres e hijos (NOTRICA & RODRÍGUEZ ITURBURU, 2014:136), buscando de esta manera la ruptura del sistema vertical existente en las relaciones de familia, reemplazándolo por un sistema planteado en términos horizontales que permita la *democratización de las relaciones de familia* (NOTRICA & RODRÍGUEZ ITURBURU, 2014:137). Este vocablo también permitirá igualar la jerarquía de los progenitores al momento de involucrarse en el cuidado de sus hijos.

¹⁶ En Argentina se empezó a utilizar este término a partir de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia a través de la ley 26.994, en el año 2014.

1.2. Guarda.

Se considera **guarda** a la posición que ocupa respecto del hijo el progenitor que vive con él (TENA PIAZUELO:31). GARCÍA PASTOR (citado en TENA PIAZUELO:31) considera que la guarda significa encomendar el cuidado directo del niño a uno de sus progenitores. El autor afirma también que la guarda puede admitir dos conceptos distintos: (i) el cuidado del hijo a través de la convivencia, y (ii) concebirla como una responsabilidad global sobre el hijo/a, como el poder de decidir sobre él/ella. Este último aspecto pasaría a formar parte más de la patria potestad que de la guarda en sí misma, pues este escenario no necesita de la convivencia del hijo con su padre, elemento característico de la guarda. En este sentido, se puede considerar que la patria potestad se relaciona con la representación legal que corresponde a los progenitores y que comprende obligaciones y facultades de prestación de alimentos y administración de bienes, mientras que la guarda se relaciona en sí con la residencia o convivencia y se centra en el cuidado cotidiano y doméstico de los hijos e hijas (VILLAGRASA, 2012:84).

BELLUSCIO (2011:839) considera que el ejercicio de la potestad paterna (patria potestad) requiere fundamentalmente la convivencia de los padres e hijos en el mismo hogar. Ese derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo recibe la denominación de **guarda**, y de él derivan otros derechos-deberes, así como consecuencias diversas (énfasis propio). En esa misma línea, BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO (2009:378) considera que la guarda “es la denominación que ciertas leyes utilizan para referirse a la situación en la que, no habiendo un hogar común, hay que determinar quién se ocupa del cuidado diario y directo de los hijos menores, su atención cotidiana, el control de sus actividades escolares y extraescolares, los aspectos concretos de su educación (hábitos de orden, aseo, horarios) y quien tiene, por tanto, la posibilidad de desarrollar una relación afectiva más constante y cercana”.

Por su parte, JUAN PABLO CABRERA (2008:25) afirma que la guarda es “el cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos; éste nace de la patria potestad, y está encaminado a proteger a los menores, regulando el cumplimiento de las relaciones paterno filiales”. Dentro de todas las obligaciones se encuentra el derecho de tenencia, como uno de los deberes- funciones entre padres e hijos; la guarda parte del ejercicio perfeccionado de la patria potestad.

Como se ha analizado, los autores difieren en el contenido de la guarda pues mientras para el autor ecuatoriano la guarda corresponde al ejercicio perfeccionado de la patria potestad y encasilla dentro de las obligaciones de la guarda a la tenencia, BELLUSCIO toma a la guarda como sinónimo de lo que se conoce como **tenencia**. Otros autores asimilan “guarda” con “custodia”. Así, el término “guarda” es utilizado en algunas legislaciones de Latinoamérica, como por ejemplo en la argentina. En España se utiliza “guarda” y “custodia” de forma indistinta, a manera de sinónimos. En Ecuador, dicho concepto no ha sido adoptado dentro del sistema jurídico pues aquí se sigue llamando “tenencia” a la convivencia de padre/madre e hijos, una vez que los padres se separan.

BELLUSCIO sostiene que el derecho de ejercer la guarda de los niños o niñas no ocasiona dificultades cuando ambos progenitores viven en común. Pero si los padres matrimoniales están separados de hecho o de derecho, o los extramatrimoniales no viven juntos, se plantea el problema de atribuir judicialmente lo que – con un término impropio, pues parece aducir más a las cosas que a las personas- se ha dado en llamar **tenencia de los menores** (énfasis propio) (BELLUSCIO, 2011:40). Esta misma línea sigue TENA PIAZUELO quien sostiene que la distinción entre guarda y patria potestad cobra verdadero sentido cuando ambos padres no conviven con el hijo o hija, de tal manera que no es posible que ambos realicen las tareas encomendadas a la patria potestad; por ende, la guarda comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo y que solo el progenitor a quien se le haya encomendado dicha guarda podrá realizarlas (TENA PIAZUELO, pág. 31).

En este sentido, otorgar la guarda a un progenitor no significa que el otro pierda la potestad, que la seguirá ejerciendo, pero de manera distinta. El progenitor privado de la guarda podrá y deberá relacionarse con su hijo o hijos y estar al corriente de su vida y educación, para lo cual podrá requerir al otro progenitor noticias sobre la salud física de los niños, sobre su estado emocional, sus estudios y vigilar su educación moral. Así mismo, el progenitor custodio se encargará de la educación y formación del niño o niña y tiene la obligación de proporcionar al otro progenitor la información sobre las decisiones importantes o extraordinarias que deban tomarse en relación con los hijos y propiciar las condiciones para que su hijo pueda mantener relaciones con su otro padre (BRENA, PÁG:331).

La doctrina ha aportado una tipología de guarda o custodia que permita un mejor análisis y adaptación jurídica a la realidad social y cotidiana de las familias. Así, se propone los siguientes tipos de guarda:

- a) **Conjunta:** Existe un ejercicio completa y simultáneamente ejecutado por ambos progenitores o adultos. Este supuesto solo puede fácticamente desarrollarse en el marco de una convivencia única de los adultos con el menor de edad.
- b) **Exclusiva:** Se realiza con un solo/a progenitor, existiendo o no la asignación legal al otro, pero fácticamente ausente, aun cuando ofrezca apoyo financiero de forma impersonal. Esta modalidad se desarrolla sin convivencia de los progenitores, salvo extremas excepciones.
- c) **Compartida simétricamente:** Progenitores que, conviviendo o no, comparten paritaria y alternativamente todas las gestiones del bienestar de los hijos e hijas en partes iguales. En caso de no convivencia, se pueden constituir dos familias monoparentales a tiempo parcial y sucesivas. Este es el régimen conocido como “custodia compartida”.
- d) **Compartida asimétricamente:** Con un progenitor principal y otro secundario, de responsabilización aleatoria o circunstancial. Este es el régimen conocido también como “tenencia o guarda uniparental” en donde, por un lado, se otorga la guarda a uno de los progenitores con quien residirá el menor de edad de forma habitual y, por otro lado, se otorga un régimen de comunicación y relación personal de alternancia temporal o con funciones u obligaciones cotidianas puntuales al otro progenitor (SAMARANCH & DI NELLA, 2012:118).

Como se profundizará más adelante, en la custodia compartida *no* concurre una cotitularidad en la facultad de guarda, sino una titularidad alterna o sucesiva, y así, en cada momento, será guardador el progenitor al que le corresponda, ya sea por convenio o por resolución judicial (VILLAGRASA, 2012:84).

1.3. Tenencia.

LÓPEZ DE CARRIL (1999:282) considera que la tenencia designa al elemento material de la guarda, consistente principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo patria potestad, ejercitando algunos de los derechos- función que integran la patria potestad.

En consecuencia, se puede pensar que la tenencia es uno de los elementos que componen la guarda y en este sentido lo afirma Juan Pablo CABRERA (2008: 26) al establecer que la tenencia es una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a uno de sus padres, esto no obstaculiza al otro padre de ejercer su patria potestad sobre el menor, ya que el hecho de que su tenencia habitual esté subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento, excluya a su otro padre.

El Código de la Niñez ecuatoriano no define al término “tenencia” en sí; más bien establece la procedencia de ésta, toda vez que manifiesta que en el caso de que el *juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.*¹⁷

La Corte Constitucional de Ecuador comparte la definición de Angelina FERREYRA DE LA RÚA al considerar que la tenencia está encaminada a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2011:11). Así mismo, la mencionada Corte justifica el origen de la tenencia como una respuesta constitucional para garantizar a los niños, niñas y adolescentes, por encima de las discrepancias o desavenencias de sus padres, una convivencia armoniosa, segura y estable con su familia (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:23).

Me inclino por considerar que, en la práctica, “tenencia” y “guarda” son conceptos sinónimos en cuanto al contenido que se le quiere otorgar a dicha institución. Sin embargo, el término tenencia denota ocupación y posesión actual de algo, por lo que al utilizar esta

¹⁷ Art. 118. CoNA.

expresión se continúa considerando a los hijos e hijas como objetos que requieren protección, más no como sujetos protegidos. Este desacierto continúa existiendo en el Proyecto de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia planteado por el ex presidente Rafael Correa¹⁸, en donde no solo se sigue utilizando el término “tenencia” sino que sigue sin especificarse cuál es el real contenido de la misma¹⁹.

Considero, entonces, que la expresión “guarda” resulta adecuada para referirse al hecho de tener consigo a los hijos e hijas y procurarles los cuidados que les son necesarios, atendiendo a sus necesidades tanto materiales como afectivas.

También en este sentido se ha manifestado la Corte Constitucional ecuatoriana al establecer que sin perjuicio de considerar que la terminología jurídica de la tenencia es impropia, pues no se trata, específicamente, de ocupar y poseer una determinada cosa con ánimo de señor y dueño, la Corte Constitucional denominará así a esta institución, en razón de pertenecer tradicionalmente a nuestro ordenamiento jurídico, desde que se reguló, por primera vez, por medio de la promulgación del Código de Menores de 1969, sin dejar de indicar que la denominación apropiada debería ser guarda, que "comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:24).

Hay que señalar, además, que en la actual legislación ecuatoriana el único régimen vigente que puede ser impuesto por vía legal es la *tenencia unipersonal*, es decir, se le asigna la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, siendo el otro quien deba ajustarse a un régimen de visitas y al pago de una pensión de alimentos. El Proyecto de Reforma al Código de la Niñez plantea la existencia de tres tipos de regímenes: (i) tenencia compartida, (ii)

¹⁸ Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, presentado el 18 de mayo de 2017, calificado por el Consejo de Administración Legislativa el 29 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/module-proceso-de-ley>.

¹⁹ El Art. 118 del Proyecto de ley reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, cuyo título es “De la tenencia” señala que “el juez asignará el cuidado, atención y convivencia diaria de niños, niñas y adolescentes (...)”, interpretándose esto como el contenido que el proponente de la reforma ha querido otorgarle a la tenencia, sin que, empero, dicho contenido sea claro y específico para esta institución.

tenencia uniparental, y (iii) tenencia otorgada a un familiar. Se ahondará en el análisis de estos tipos de regímenes, sobre todo en cuanto a la tenencia compartida, en los próximos capítulos.

1.4. Cuidado personal de los hijos

El cuidado personal de los hijos puede ser analizado desde dos perspectivas: (i) como derecho-deber de los padres hacia los hijos; y (ii) como derecho de los niños y niñas a ser cuidados por sus padres.

Dentro del primer escenario, el cuidado de los hijos no debe confundirse con la patria potestad. El cuidado personal debe considerarse como la guarda del hijo en sentido amplio. De esta manera, la doctrina colombiana prevé que es un deber de carácter más bien natural y no social como muchas veces se trata de hacer ver, al ser parecer al cuidado del hijo como una carga. Se considera al cuidado personal como sinónimo de *custodia*, pero sin oponerse a visitas. PARRA BENÍTEZ (2008:479) considera que quien ejerce las visitas también debe desplegar cuidado personal. En consecuencia, no está bien que uno de los padres se limite a visitar, sin contraer compromiso de cuidados personales. En este sentido, la custodia del hijo implica vínculos de derecho y de hecho, derechos y facultades y situaciones puramente materiales, que deben considerarse en cada caso.

En la doctrina colombiana también se considera que el cuidado personal se vuelve evidente al momento de la separación de los padres, sea cual fuere su fuente, pues cuando se trata de padres que viven juntos el cuidado personal es una cuestión que ambos asumen, pero que no ejercen reflexivamente. Por esto, el cuidado personal de los hijos corresponde a los dos padres, pero es evidente que, si se confía la custodia a uno solo de ellos, hacia él recargará, en un primer momento, el deber de cuidado (PARRA BENÍTEZ, 2008: 479).

FARITH SIMON también considera que para poder cumplir con el deber de cuidado de los hijos, los progenitores deben tener bajo su cuidado físico a los hijos e hijas. Este autor manifiesta que “cuidado personal de la crianza” hace referencia a la obligación directa que tienen los progenitores de asegurar lo necesario para satisfacer los requerimientos materiales y psicológicos de sus hijos de forma que se pueda lograr su desarrollo integral. SIMON

concluye estableciendo que, para poder criar a los hijos hay que tenerlos bajo cuidado, y a esta función se la denomina en el Derecho Comparado como “guarda” (SIMON, 2009:494).

Dentro del segundo escenario –núcleo de la presente investigación–, son los niños y niñas los titulares del derecho de cuidado y los obligados directos a hacer efectivo dicho derecho son sus progenitores. Desde esta perspectiva, el derecho que tienen niñas y niños a recibir cuidados de ambos padres es inherente a ellos desde el nacimiento. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a muy temprana edad y, si el vínculo es el adecuado, se debe mantener con el paso del tiempo para ofrecer al niño un entorno estable (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr.72).

El término “cuidado” debe ser interpretado en sentido amplio y no solamente como una fórmula limitada o negativa, es decir, no solamente se refiere a “cuidados para proteger al niño o niña de daños”, sino en el sentido amplio de garantizar su bienestar y desarrollo. Este desarrollo abarca necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales, así como la necesidad de afecto y seguridad (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr.71).

Las reformas introducidas al Código Civil y Comercial argentino implantaron el término “cuidado personal” manifestando que se denomina así a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.²⁰ Lo interesante de estas reformas en este tema es el reconocimiento a las diferentes modalidades para ejercer el cuidado personal de los hijos en función de quien ostente el ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad) de los mismos. Así, para los niños que tengan doble vínculo filial, los progenitores pueden:

1. “tener la titularidad de la responsabilidad parental y, a su vez, el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y también el cuidado personal compartido —en cualquiera de sus modalidades que se distinguirán más adelante—;
2. tener la titularidad y el ejercicio compartido de la responsabilidad parental compartida pero el cuidado unipersonal unilateral

²⁰ Art. 648. Código Civil y Comercial de Argentina, promulgado a través de la ley 26.994; en vigencia desde el año 2014.

3. también la titularidad conjunta pero el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal ser ambos de tipo unilateral o unipersonal. Lo que no sería jurídicamente viable es el ejercicio de la responsabilidad parental unilateral y el cuidado personal compartido” (NOTRICA & RODRÍGUEZ ITURBURU, 2014:145).

Dentro de las modalidades de que se habla en el primer numeral, el código manifiesta un tipo *alternado*, que es aquél en que el hijo o hija pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia; y el cuidado *indistinto*, en donde el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado²¹.

La legislación argentina promueve el ejercicio de cuidado compartido indistinto para los progenitores, indicándole al juez que ésta será la regla general a aplicar, de oficio o a petición de parte, dejando el cuidado unipersonal como la excepción y la última opción. A mi parecer, esta es una manera bastante justa para equilibrar la relación entre padres, y entre padres e hijos, pues se está privilegiando la estabilidad del niño/a y el ejercicio de su derecho a ser cuidado por ambos progenitores, en igual proporción y condiciones. Esto resulta de vital relevancia al momento de divorcio o separación de los padres, pues se tiene la posibilidad de equiparar entre ellos las labores de cuidado de los hijos, sin permitir que se abrume a sólo uno de ellos –generalmente la madre– con todas estas tareas y permitiendo que ambos progenitores estén presentes en el desarrollo de sus hijos e hijas, dejando también de lado la figura del padre que es mero visitador o recreador.

Sin embargo, hay que recordar que, pese a que este régimen de “guarda compartida” es el ideal para garantizar el pleno ejercicio de la corresponsabilidad parental, no siempre resulta aplicable, pues depende del contexto familiar en que haya venido creciendo el hijo o hija y de las circunstancias particulares que se presenten en cada uno de los casos. Generalizar este tipo de régimen como el más beneficioso para *todos* los niños y niñas termina siendo retrógrada y atenta contra el interés superior del niño, que debe ser analizado puntualmente en cada caso, como ya se estudiará en el próximo capítulo.

²¹ Art. 650. Código Civil y Comercial de Argentina.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, al permitir la existencia de un régimen de cuidado personal compartido, se previene que existan situaciones –que lamentablemente en la actualidad son cotidianas– de padres custodios que obstruyen el vínculo de sus hijos con el otro progenitor, o de padres que se ausentan de la vida de sus hijos. Un sistema de cuidado personal compartido vela, de forma general, por el interés superior del niño, por precautelar el ejercicio pleno de sus derechos y por recordarles a los padres que la separación o el divorcio fue entre ellos, mas la relación con sus hijos es perenne; los niños y niñas no tienen que divorciarse de ninguno de sus padres.

En este sentido, los jueces españoles han acertado en aconsejar a los progenitores el cumplimiento de un decálogo para lograr un buen cumplimiento del régimen de cuidado compartido en beneficio de los niños y niñas; el decálogo²² es el siguiente:

1. “Nunca desacredite a su ex-cónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten “parte de su mamá” y “parte de su papá”, con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.
3. Tranquile a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su ex-cónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por lo que no debe incluirlos en ninguna negociación.
6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como “corresponsal” en la casa de su ex-cónyuge. Trate de no preguntarles nada que no sea del interés de ellos.
7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder superar la situación con éxito.
8. Cumpla con sus obligaciones económicas “alimentos” de su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.

²² Decálogo expuesto mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón, de fecha 22 de junio de 2010. Juez ponente: Ángel Luis Campo Izquierdo.

9. Si usted es un padre/madre responsable y no está recibiendo los “alimentos” por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo hacia sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono y los pone en situaciones muy difíciles.
10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres” (VILLAGRASA, 2012:98).

Manifestar una postura como ésta a través de una resolución judicial evidencia la capacidad y la humanización de los jueces para, efectivamente, velar por el interés superior de los niños, pues van más allá de la aplicación de meras reglas legales y proveen a los padres de herramientas que les orienten a cuidar del bienestar de sus hijos e hijas, dentro de una situación de ruptura de pareja.

Los niños y niñas tienen derecho a convivir y ser cuidados por ambos padres; que sus necesidades materiales y afectivas sean satisfechas tanto por su madre como por su padre. Por ello, son los padres en primer lugar, y luego el Estado, los llamados a precautelar que este derecho se cumpla y a tomar las medidas necesarias en caso de que se incumpla, pues no está en discusión intereses o derechos de los adultos sino el cumplimiento de los derechos de los niños y niñas con el objetivo de lograr su desarrollo integral.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS VINCULADOS CON EL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN MATERIA DE NIÑEZ

Dentro de este subcapítulo se analizarán los conceptos y principios que se encuentran estrechamente vinculados con el derecho de cuidado de los hijos. Se realizará un estudio a partir de definiciones doctrinarias, tomando en consideración el contenido de los tratados internacionales relacionados y el desarrollo jurisprudencial de cada uno de los conceptos. Finalmente, se estudiará el tratamiento de dichos conceptos dentro del Derecho Comparado para lograr una mayor comprensión de los mismos.

2.1. El principio del Interés Superior del Niño.

El interés superior del niño (ISN) es un principio dentro del Derecho Internacional cuyo origen se remonta a 1959, a través de la Declaración de los Derechos del niño, que cobra relevancia y es vinculante a partir de su consagración en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño – en adelante CDN– que regula la aplicación del interés superior del niño en tres momentos principalmente: (i) en el desarrollo de las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas u órganos públicos, así como las instituciones privadas, (ii) en las medidas legislativas y administrativas que tomarán los Estado Partes para la protección y cuidado de los niños, y (iii) en el control realizado por los Estados Partes a las instituciones encargadas del cuidado de los niños, para verificar el cumplimiento de normas establecidas por las autoridades competentes.

Además, - dentro del estudio que nos atañe- la CDN recoge el principio analizado al tratar sobre la separación del niño de sus padres²³ y en lo referente a la obligación conjunta de los padres en la crianza y el cuidado de los niños, donde la preocupación fundamental siempre será el interés superior del niño²⁴.

²³ Artículo 9. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

²⁴ Artículo 18 de la CDN.

Miguel CILLERO (2010: 98) reflexiona y sostiene que, desde la vigencia de la CDN, el ISN ya no se lo considera simplemente como un objetivo social deseable, sino que pasa a ser un principio²⁵ jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este punto es importante realizar un breve análisis de las doctrinas que a lo largo del tiempo han inspirado la concepción del interés superior de niño y la protección de derechos de la niñez en general.

- a. **Doctrina tutelar o de la situación irregular:** Antes de la entrada en vigor de la CDN, existía esta orientación teórica por la cual el interés superior del niño tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/ deberes a los adultos, dirigidos a proteger estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños y niñas (Cillero Bruñol, 2010:99). Al considerar a los niños y niñas como incapaces de asumir la responsabilidad por sus acciones se constituían en objetos pasivos de la intervención “proteccionista” del Estado. *Además, esta doctrina creaba una distinción entre “niños”, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y “menores”, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban, por lo tanto, en una “situación irregular”* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002:15).
- b. **Doctrina de la protección integral:** Recogida en la CDN²⁶ y otros instrumentos internacionales, se promueve en la mayoría de Estados, siendo ésta la doctrina vigente en Ecuador²⁷. Esta doctrina reconoce al niño la condición de *sujeto de*

²⁵ Se tomará la acepción de principio como “regla de fin” en el sentido de que a través de su aplicación se busca lograr determinadas soluciones, dejando a la discreción de quien deba aplicarlo los medios causalmente idóneos para producirlo (SIMON, 2014:106). Además, se debe considerar que los principios, al carecer de supuestos de hecho, se les puede atribuir un significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante un caso concreto, por lo que la condición para aplicarlos es la argumentación y no la imposición (SIMON, 2014:108).

²⁶ Se considera que, a partir de la entrada en vigor de la CDN, se inicia el uso de la categoría *niñez y adolescencia* en lugar de *menor de edad*. Se critica el uso del término “menor” pues manifiesta una segregación en el “universo” de la infancia-adolescencia. GARCÍA MÉNDEZ (citado en SIMON, 2014:63) sostiene que la porción de la infancia-adolescencia que por razones de conducta o condición social entra en contacto con mecanismos de caridad-represión, se convertían automáticamente en “menores”, mientras que se considera a “niños, niñas y adolescentes” a quienes tienen sus necesidades básicas satisfechas.

²⁷ Se consagra la aplicación de la doctrina de protección integral en Ecuador en el Art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, además de todas las medidas adoptadas para el funcionamiento del Sistema Nacional

derechos. En este sentido, el interés superior del niño se consagra como garantía de la vigencia de los demás derechos. El principio del interés superior tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares, y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio hace que el juez desarrolle soluciones jurídicas en estricta sujeción, tanto en forma como en fondo, a los derechos de los niños. (CILLERO BRUÑOL, 2010:99)

Dentro de la legislación y jurisprudencia internacional, así como en la nacional, se han desarrollado algunos criterios para una aplicación e interpretación razonable de este principio. De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸ (Corte IDH) establece que para asegurar la prevalencia del ISN se debe tener en consideración la necesidad de cuidados y las medidas especiales, mismos que se encuentran contemplados en el preámbulo de la CDN y el Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (SIMON, 2014:53).

Así mismo, la Corte IDH afirma que el interés superior del niño “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Para asegurar la prevalencia del interés superior del niño se requieren “cuidados especiales” y “medidas especiales de protección”” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002:párr.56);²⁹ la prevalencia de este principio “debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad” (CASO GONZÁLEZ Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") Vs. MÉXICO. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2009: párr. 408).

Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, cuyo desarrollo se encuentra en el Libro Tercero del mencionado código.

²⁸ Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes por cuanto dichas decisiones son consideradas una *interpretación autorizada* del alcance de las obligaciones contraídas por los estados al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos (SIMON, 2014:52).

²⁹ Contenido también presente en Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.

En Ecuador, la Constitución de Montecristi también consagra el interés superior del niño al aseverar que se atenderá al mismo por parte de la sociedad y la familia y que éstos asegurarán el ejercicio pleno de los derechos de niñas, niños y adolescentes³⁰. Considero pertinente seguir en este punto al doctor Farith SIMON (2009:310), quien considera que esta norma constitucional no se refiere únicamente al caso de conflicto de derechos –usual para la aplicación del interés superior del niño– sino que se incluyen todas las circunstancias en que una decisión puede afectar a un menor de edad.

La Corte Constitucional del Ecuador (2015) ha considerado al interés superior del niño como un *elemento de integración*, que auxilia al intérprete al momento de llenar lagunas normativas, pues sostiene que el ISN es una “provisión *paraguas* en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2011:10) y que a su vez “constituye la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:21). Se observa cómo la Corte hace relación a la obligatoriedad de la aplicación de este principio por parte del Estado, mas no hace referencia al ámbito privado y al actuar personal de los individuos.

El juez que resuelva procesos en los que sea necesaria la aplicación del interés superior del niño deberá considerar un elemento adicional para la ponderación³¹ que es precisamente la prioridad que se otorga a los intereses de la niña o niño frente a otros intereses; como ya se ha mencionado, en esta dimensión el interés superior funciona como criterio de *prioridad* o *prevalencia*, sin que por ello se consideren insustanciales los otros intereses (SIMON, 2014:109).

³⁰ Art.44. CRE.

³¹ Un principio es un parámetro de optimización que ordena que algo sea realizado en la mayor medida de los posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, su método de análisis y aplicación es distinto al de las reglas; dicho método es la *ponderación*. La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. La ponderación analiza el peso y la importancia de los principios (Vintimilla Saldaña, 2010: 56).

En esta línea, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador mediante fallo jurisprudencial, luego de realizar un análisis para la aplicación del ISN, concluye que los “derechos e intereses de los padres únicamente pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, solo se puede dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior” (RECURSO DE CASACIÓN, 2012:8).

Sin embargo, a pesar de las apreciaciones que pueda realizar el legislador, la aplicación de este principio en gran medida radicarán en las convicciones, experiencias, prejuicios, conocimiento, etc., de las personas que son llamadas a resolver las situaciones de niños y niñas, como bien lo considera el doctor SIMON (2009:310). Por lo tanto, cada caso en que se aplique el principio del interés superior del niño deberá ser analizado para verificar si cumplió con su función de garantizar el ejercicio de los demás derechos o no, o si, por otro lado, se lo usó para justificar la voluntad discrecional de un adulto, generalmente de uno o de ambos padres.

Es por esto que, en el ámbito del Derecho Comparado, se han introducido algunos criterios normativos que deben ser tomados en consideración por el juez, al aplicar el ISN, para evitar su uso abusivo en nombre de la discrecionalidad con que puede ser aplicado este principio. Por ejemplo, la legislación venezolana, aparte de contener una norma similar a la ecuatoriana en cuanto considera al ISN como una garantía para que los niños gocen del disfrute pleno de sus derechos, detalla también los criterios normativos que serán observados para su aplicación, que son:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes.
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.

e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.³²

Estos parámetros permiten que haya una reducción de la discrecionalidad al momento de aplicar el principio del interés superior del niño en una solución jurídica.

Del mismo modo, la Ley No. 8/2015, de 22 de julio de 2015, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en España, ha establecido cuatro criterios generales que deben tomarse en consideración al momento de la aplicación del interés superior del niño; estos son:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. (...)
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.³³

Como se observa, España da importancia no solo a las necesidades materiales de los niños y niñas sino también a las afectivas, emocionales y educativas, procurando que su crianza se desarrolle en un ambiente libre de violencia para el niño o niña. La atención a las necesidades emocionales y no exclusivamente a las materiales es un avance significativo de consideración a los niños y niñas como sujetos de derecho y no solo como objetos pendientes de protección. Se debe considerar también que, como lo afirma el Doctor SALIM ZAIDÁN

³²Art. 8. Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. G.O.N° 5859. Venezuela. Promulgada el 10 de diciembre de 2007.

³³ Art. 2.2 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor- España. Ley No. 8/2015, de 22 de julio de 2015.

(2016:13), un ambiente libre de violencia no necesariamente está ligado a la existencia de un hogar o familia nuclear, sino que este ambiente también se procura en hogares monoparentales o de padres separados, que buscan armonía entre ellos para el beneficio de sus hijos.

El Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, en comparación con la legislación venezolana y española, cuenta únicamente con dos criterios normativos preestablecidos para considerar la aplicación del ISN: la opinión del niño o niña involucrado, que esté en condiciones de expresarla, y el justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.³⁴ El resto del artículo del CoNA que habla sobre el interés superior del niño se limita a establecerlo como *principio* y a sostener reglas procesales para su aplicación, esto es, que el ISN prevalecerá sobre el principio de diversidad étnica y cultural, y que no se podrá invocar al interés superior del niño contra norma expresa. Se debería entonces tomar como referente a la legislación venezolana y española para introducir los criterios usados por estas, ya sea que se incluyan por la misma vía legislativa o por vía jurisprudencial, para evitar la discrecionalidad abusiva en la aplicación de este principio.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha realizado un primer intento para establecer lo que ésta denomina “criterios relevantes al momento de analizar el interés superior del niño”, estableciendo dos criterios específicamente: la garantía del derecho para favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; y la garantía del Estado para efectivizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:26-27).

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño –en adelante CRC, por sus siglas en inglés– ha analizado también, a través de sus consideraciones³⁵, el alcance que tiene el ISN.

³⁴ Art. 11. CoNA.

³⁵ Al ser el Comité de los Derechos del Niño el órgano encargado del seguimiento y cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño (SIMON, 2012: 34), resultan aplicables sus consideraciones, generalmente manifestadas a través de las denominadas *Observaciones o Comentarios Generales*, pues éstos son utilizadas como “medio eficaz para generar ‘jurisprudencia’ consensuada entre los miembros del comité, que interpreta de manera autorizada el contenido y alcance de las normas consagradas en el tratado” (VILLÁN DURÁN, citado en SIMON, 2014: 42).

Así, el CRC sostiene que el interés superior del niño es un principio “*rector guía*” o “*principio paraguas*” que inspira transversalmente toda la CDN y, por tanto, su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr.4).

Este Comité, a través de sus observaciones generales³⁶ y en específico la Observación General No.14³⁷, sostiene que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) “**Un derecho sustantivo:** El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida (...)”
- b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño (...)
- c) **Una norma de procedimiento:** Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. (...) (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr. 6)

Además, en la misma Observación General, el CRC establece los elementos que deben tomarse en consideración al momento de evaluar el interés superior del niño, buscando siempre el equilibrio entre ellos y en la medida en que sean pertinentes para la situación que se trate, es decir, se debe realizar un análisis de cada elemento pues podrá variar de un niño a otro y de un caso a otro. Dichos elementos son:

³⁶ Al tenor del Art. 426 de la CRE, que manifiesta que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño resultan vinculantes y fuente de derecho en el sistema jurídico ecuatoriano.

Las Observaciones Generales del CRC en que se hace referencia al interés superior del niño son: (i) Observación General No. 5 (2003) sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño; (ii) Observación General No. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; (iii) Observación General No. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado; y (iv) Observación General No.13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

³⁷ La Observación General N°14 establece la necesidad de balancear los intereses en disputa y aclara que el interés superior del niño no está al mismo nivel que el resto de consideraciones, sino que tiene una posición prioritaria (SIMON, 2014:38).

1. La opinión del niño o niña.
2. La identidad del niño o niña.
3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
4. Cuidado, protección y seguridad del niño o niña.
5. Situación de vulnerabilidad.
6. El derecho del niño o niña a la salud.
7. El derecho del niño o niña a la educación. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr. 53-79).

Finalmente, el CRC considera que el concepto de interés superior del niño es *flexible y adaptable*, dependiendo de las circunstancias concretas de cada niño o niña.

Sin embargo, hay que contemplar también el hecho de que, debido a la amplitud de acción de este principio, muchas veces se ha visto manipulado y utilizado por autoridades estatales para justificar sus políticas racistas; por padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que poco les importaba la situación de los niños y menospreciaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr.34).

Siguiendo esta línea de pensamiento, Andrea CHARLOW (citado por CABRERA VÉLEZ, 2008:43) sostiene que este principio “es visto como una racionalización para justificar intereses personales o criterios propios, más que para tener realmente en cuenta las necesidades de los niños”. Por ello, se puede observar casos en que, luego de la separación de los padres y más aún cuando ésta se produce en malos términos, se utiliza al niño o niña como arma de venganza por sus diferencias personales y se invoca al interés superior del niño como medio de conflicto y represalia (CABRERA VÉLEZ, 2008:43).

Es precisamente para evitar este tipo de situaciones que la Corte IDH, dentro del caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012), ha establecido una serie de parámetros bajo los cuales se determinará la aplicación del ISN en casos de cuidado y custodia de menores de edad. Así, la Corte sostiene que:

- a. La fijación del ISN debe hacerse a partir de la determinación de daños o riesgos reales y probados, no especulativos e imaginarios. Por lo tanto, no se admiten presunciones, especulaciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales.
- b. El ISN es un fin legítimo e imperativo, pero la sola referencia al mismo sin probar en concreto los daños que podría ocasionar la adopción de determinada postura no puede servir para la restricción de un derecho protegido.
- c. Los daños alegados deben ser concretos, específicos y sustentarse en evidencia técnica, en dictámenes de expertos e investigadores.
- d. Se debe dar al niño o niña la oportunidad que exprese su opinión y que ésta sea evaluada de acuerdo a su edad y madurez.
- e. Debe demostrarse una relación proporcional entre la medida tomada y el fin perseguido, en particular cuando la medida implique la restricción del derecho o derechos de sus progenitores (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2012: párr.131 y 166).

Por su parte, para realizar un análisis comparativo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), considera que, en materia de custodia de menores de edad, el “*interés del menor*” tendría algunas finalidades: (i) “garantizarle un desarrollo en un ambiente sano, por lo que el progenitor no está autorizado a tomar medidas perjudiciales para su salud y desarrollo; (ii) mantener la relación con la familia, excepto en los casos en que se haya demostrado ser particularmente indigna; y (iii) crecer en un entorno que le permita mantener un contacto regular con sus dos progenitores” (SOMMERFIELD CONTRA ALEMANIA, 2003: párr. 64).

Finalmente, la *noción de continuidad* que propone GOLDSTEIN (2000:116) permite aterrizar en la aplicación del ISN vinculado con el derecho de cuidado de los niños y niñas.

La noción de continuidad se basa en la teoría psicoanalítica y también en la regla de que los niños y niñas tienen el derecho a ser cuidados por sus dos progenitores, independientemente si éstos están juntos o no, ya que se considera que esto responde a su mejor interés. El Derecho debe facilitar el establecimiento y continuidad de las relaciones paterno-filiales psicológicas en donde se incluye: mantener unida a la familia en armonía o

en su defecto, fortalecer lo que queda de la unión donde la ruptura es irreparable (GOLDSTEIN, 2000:116).

Son los progenitores los llamados a llegar a acuerdos para permitir que sus hijos gocen del derecho al cuidado, sin injerencias estatales que lo que hacen es afectar a la noción de continuidad y no aportan a un verdadero cuidado compartido. La intervención del Estado deberá ser el último recurso de los padres, justificada exclusivamente en función del bienestar de la niña o niño y no de terceros; dicha intervención debe ser rápida, con el objeto de crear o recrear una familia para el niño. De ser el caso, los jueces deberán velar por que el niño o niña sufra la menor cantidad de cambios en su forma de vida, en virtud de su interés superior. Esta teoría, cabe notar, solo se aplica en casos en que los padres se encuentran en igualdad de condiciones –como es el objeto de la presente investigación –, mas no se aborda sobre casos de abusos, negligencia o incompetencia de parte de los progenitores (GOLDSTEIN, 2000:119).

2.2. Igualdad de género para ejercer la coparentalidad.

En la actualidad, Ecuador es un país donde aún se conserva la figura de una familia tradicional, donde a cada miembro se le asigna una “tarea” específica. En este subcapítulo se abordará el impacto que la asignación de estereotipos de género, a padre y madre, tiene sobre el cuidado al que los niños y niñas tienen derecho. Además, se dará a conocer la influencia que la construcción de las llamadas “masculinidades” ejercen sobre los niños/as, al momento de recibir cuidados por parte de sus padres.

2.2.1. Estereotipos de género relacionados con el cuidado de niños y niñas.

Para empezar el desarrollo del presente tema es importante que se conozca la definición de estereotipo, a través de la perspectiva de género³⁸, ya que resulta un concepto clave para el desarrollo de esta sección.

³⁸ La perspectiva de género es una categoría de análisis que propone el cambio del sistema sexo-género vigente ya que produce una relación de poder desigual entre hombres y mujeres y, en consecuencia, una desigualdad social (GONZÁLEZ MORENO, 2009: 349).

Se considera estereotipo a la “visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (COOK & CUSACK, 2010:11). El estereotipo ocasiona que se generalice acerca de las características o roles de las personas pertenecientes a un determinado grupo, pero hay que notar que no toda generalización produce un estereotipo. Para que una generalización pueda ser considerada como estereotipo no importa tanto que las características o roles sean cumplidos por cada una de las personas pertenecientes al grupo, sino que *se crea* que una persona, por el solo hecho de pertenecer a determinado grupo, actuará de acuerdo a la visión generalizada existente acerca del mismo (COOK & CUSACK, 2010:11). Este proceso de atribuirle a una persona, características o roles únicamente por razón de su aparente pertenencia a un determinado grupo se denomina “asignación de estereotipos” (COOK & CUSACK, 2010:11).

Ahora bien, dentro de los estereotipos se encuentran los *estereotipos de género*, mismos que abarcan estereotipos sobre las mujeres y subgrupos de mujeres y sobre los hombres y subgrupos de hombres; así, el significado de estos estereotipos cambiará con el tiempo y a través de las culturas y sociedades (COOK & CUSACK, 2010:2). En la misma línea, la Corte IDH considera que el estereotipo de género “se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (CASO GONZÁLEZ Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") VS. MÉXICO. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2009: párr.401).

En el tema de la presente investigación y de acuerdo a la clasificación³⁹ establecida por REBECCA COOK y SIMONE CUSACK acerca de los estereotipos de género, se vislumbra la existencia de un estereotipo *de roles sexuales*, por cuanto a la mujer-madre se le ha asignado el rol de cuidadora primaria de los hijos, mientras que el padre será quien provea lo necesario para el mantenimiento del hogar. Este estereotipo da paso y se evidencia preminentemente dentro de dos situaciones: la división sexual del trabajo y la posición de la mujer dentro de la familia.

³⁹ Clasificación de los estereotipos según Rebecca Cook y Simone Cusack: (i) Estereotipo de sexo, (ii) Estereotipo sexual; (iii) Estereotipo sobre el rol sexual, y (iv) Estereotipo compuesto.

Dentro de la división sexual del trabajo se observa que, ciertamente, se considera que el hombre es quien debe proveer los recursos económicos para la mantención del hogar y la familia mientras que las mujeres realizan el trabajo doméstico, es decir, cuidar del hogar y de los hijos. Sin embargo, la cantidad de mujeres que se han insertado en el campo laboral ha crecido en los últimos años, como lo demuestran las cifras de jefas del hogar del INEC que reflejan que, hasta el año 2013, el 87,1% de mujeres en el Ecuador eran madres y jefas del hogar, un incremento del 8% con relación a los datos del año 2010 (ELTELÉGRAFO, 2013).

Para poder armonizar el cuidado de los hijos con el trabajo fuera del hogar se han tomado varias medidas, traducidas en derechos hacia la mujer, como son: licencias con remuneración por parto o adopción de hijos y por cuidados en caso de enfermedades degenerativas de los mismos⁴⁰, protección a la mujer embarazada⁴¹, guardería infantil y menos carga horaria de trabajo para la madre durante los 12 meses posteriores al parto⁴², entre otras. Sin embargo, como se puede observar, estas disposiciones lo que buscan es permitir articular el trabajo con el cuidado infantil, sin dejar de considerar en ningún momento que es la madre quien debe estar al frente del cuidado de los hijos. Esto permite que se “naturalice” el hecho de que la mujer es quien debe ajustar sus horarios y condiciones de trabajo para el cuidado de los hijos/as y la familia (FAUR, 2009: 530).

Por otro lado, el estereotipo de roles sexuales marca una posición fija de la mujer dentro de la familia, tomando como referente la familia nuclear o patriarcal⁴³. Así, se resalta la importancia de la mujer en la lactancia y la creación del vínculo afectivo entre madre e hijo/a, se rescata la sensibilidad de las mujeres y sus aptitudes para dar a los hijos el cuidado necesario para su desarrollo y también se destaca las habilidades de las mujeres para el trabajo y la economía domésticas y la conexión de estos para el adecuado desarrollo de los hijos (JARAMILLO, 2008:268). Conservar esta ideología, considerando a la maternidad y el

⁴⁰ Art. 152 y Artículos Innumerados posteriores al Art. 152. Código de Trabajo. Cabe notar que la licencia por adopción y por enfermedades degenerativas también se la otorga a los padres y no solo a las madres, en igual cantidad, mientras que la licencia por parto de un hijo es por 12 semanas para la mujer y solo por 10 días para el hombre.

⁴¹ Art. 153. Código de Trabajo. promulgado mediante Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

⁴² Art. 155. Código de Trabajo.

⁴³ La familia patriarcal es aquella donde existe el dominio del hombre sobre la mujer y los hijos e hijas y los roles de cada uno son fijados en función de la autoridad del padre (FACIO & FRIES, 1999:45).

hacerse cargo del hogar como algo “natural” en las mujeres, tiene como efectos negativos el condenar a las mismas a ser madres, y a su vez a los hijos/as a estar al cuidado de personas que pueden no ser las más aptas para hacerse cargo de ellos (JARAMILLO, 2008: 323).

Si bien es cierto que desde la propia Constitución de la República se ha consagrado el derecho a la igualdad⁴⁴, mismo que ha sido desarrollado a través de la legislación, no es menos cierto que la mera consagración de dicha igualdad y la homologación de derechos entre hombres y mujeres no ha resuelto la necesidad de que los primeros se hagan más partícipes de las tareas domésticas, pero sobre todo, del cuidado de sus hijos.

Un primer intento para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el cuidado de sus hijos se lo puede encontrar en el Artículo Innumerado del Código de Trabajo, luego del Art. 152, en el que se proporciona la posibilidad de que padre o madre puedan requerir una licencia sin remuneración por el cuidado de los hijos hasta por nueve meses adicionales al tiempo de la licencia remunerada, para atender el cuidado de los hijos hasta que cumplan un año. Para lograr la igualdad material, y no solamente quedarnos en una igualdad formal, es necesario que al texto legal le acompañen medidas que tengan por objeto el intercambio de roles y la ausencia de distinción ligada al género en los costos de la reproducción (FRIES, 2000:56), de lo contrario, la práctica seguirá perpetuando a las mujeres en el rol de cuidadoras de sus hijos e hijas.

Son varios los casos dentro del sistema jurídico ecuatoriano –como se estudiará más adelante– en que se ha mantenido la aplicación de este estereotipo y que ha provocado que se ignoren las necesidades, habilidades, circunstancias y deseos individuales de padre y madre frente a la construcción de sus propias identidades y más aún, frente a la atención y el cuidado de sus hijos. Se ha forzado al padre a mantener el rol de proveedor, por lo cual enfrenta varios obstáculos al momento de intentar moldear su identidad como cuidador, y, así mismo, las mujeres se han visto forzadas a asumir el rol de cuidadoras, sin que se consideren sus aptitudes y preferencias individuales (COOK & CUSACK, 2010:14), derivando, de esta forma, en un modo de discriminación hacia la mujer.

⁴⁴ Art. 11 numeral 2. CRE.

Según la Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer⁴⁵ –en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés– la discriminación a la mujer “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (Art. 1). En ese sentido, dentro del preámbulo de la misma Convención se aclara que “el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres”.

La Corte IDH, por su parte, también ha tomado en consideración que “exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2012: párr. 140).

Pero incluso más allá de la discriminación a la mujer, que, por supuesto no debe descuidarse, se encuentra la afectación que sufren los niños y niñas por la aplicación de estos estereotipos de género, pues muchas veces les privan de recibir el cuidado y atención necesarias por parte de ambos progenitores. En este sentido, la Corte IDH ha manifestado que el criterio que debe primar al momento de asignar la custodia y crianza de los niños y niñas a uno de sus padres es el interés superior del niño, como se vio en el capítulo anterior, más “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (CASO FORNERÓN E HIJA VS. ARGENTINA, 2012: párr. 99). De la misma forma el CRC, a través de la Observación General N° 14, reafirma este criterio al sostener que “en las decisiones relativas a la responsabilidad parental el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular” y que “es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad

⁴⁵ Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, suscrita en la ciudad de New York de Estados Unidos de América, ratificada por el Ecuador y publicada en el R.O. 717 del 15 de junio de 1995.

parental a uno de los progenitores o a ambos” (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, párr.67).

Tanto la CDN, en su Art. 9 numeral 3, como la CEDAW, en su Art. 5 letra b, han establecido la obligación a los Estados Partes de velar, en primer lugar, por el interés superior del niño, y de considerar que la responsabilidad en su crianza corresponde, de forma compartida y regular, a ambos progenitores. Además, la Constitución ecuatoriana consagra el derecho del niño a la convivencia familiar y fija la responsabilidad de padre y madre, en igualdad de condiciones, frente a la crianza de sus hijas e hijos⁴⁶; esto además de contemplar a la igualdad como uno de los principios rectores del ejercicio de los derechos, y como un derecho en sí de las personas a ser tratados de forma igualitaria, tanto formal como materialmente⁴⁷. Hablando de igualdad, la Convención de Belem do Pará⁴⁸ señala en su artículo 6, que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

El CoNA sostiene que corresponde prioritariamente al padre y la madre la responsabilidad compartida del cuidado de los hijos e hijas, a la vez que proclama el derecho de los niños y a niñas a conocer a su padre y madre y a ser cuidados por ellos y mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos⁴⁹.

En este sentido, resulta indignante que, pese a las exigencias establecidas tanto a nivel de tratados internacionales de derechos humanos, como dentro del propio sistema jurídico, en el Ecuador existan varios casos en que se ha mantenido el estereotipo de roles sexuales, discriminando al padre como también a la propia madre, al considerar a la mujer como la

⁴⁶ Arts. 45, 69.1 y 69.5. CRE.

⁴⁷ Arts. 11.2 y 66.4. CRE.

⁴⁸ Convención Interamericana para prevenir la Violencia contra la Mujer, suscrita en la ciudad de Belén do Pará de Brasil, ratificada por el Ecuador y publicada en el R.O 153 del 717 del 15 de junio de 1995.

⁴⁹ Arts. 9 y 21. CoNA.

designada para el cuidado de los hijos y al padre como un mero proveedor de recursos económicos, para la satisfacción de necesidades materiales.

Uno de los casos más alarmantes de perpetuación de este estereotipo se encuentra en el Art. 106 del CoNA ecuatoriano, numerales 2 y 4⁵⁰ en el que se evidencia una clara preferencia hacia a la madre al momento de asignarle la tenencia de los hijos⁵¹. Aplicando la metodología de ALDA FACIO⁵² (1999: 99) para evidenciar la forma en que opera el sexismo en nuestras sociedades, se resalta la existencia de estereotipos dentro de esta disposición normativa y cómo esta afecta en la esfera estructural y cultural.

De esta manera, se ha logrado identificar que se manifiesta el sexismo bajo la forma de la asignación del *deber ser* del sexo femenino –paso 2–, identificando a la *mujer-madre* como aquella obligada al cuidado de los hijos a falta de acuerdo entre los progenitores o si ambos manifestaran igualdad de condiciones –paso 3–. Así, se observa cómo se afianza el ya mencionado *estereotipo de roles sexuales*, asignándole a la mujer el cuidado y crianza de sus hijos, sin tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso e inclusive, los deseos y aptitudes personales de la madre –paso4–.

Finalmente, el mantener una norma de estas características ha creado formas de pensar dentro de la sociedad y ha pasado a formar parte de lo que el común de la gente considera como racional, objetivo y universal. Esta norma ha contribuido a que dentro de nuestra sociedad se “naturalice” a la madre como cuidadora primaria de los hijos y, gracias a ello, se han creado límites que impiden generar cambios en función del género. Es así que los jueces, al momento de otorgar la tenencia a uno de los progenitores, la mayor parte de las veces se inclinan a otorgar la custodia a la madre, sin realizar mayor motivación en su

⁵⁰ Art. 106. CoNA:

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

⁵¹ Según el Art. 118 del CoNA, se aplicarán las reglas del Art. 106 sobre la patria potestad, para la asignación de la tenencia a uno de los progenitores.

⁵² La metodología para el análisis de género en el fenómeno legal de la profesora Alda Facio se ha desarrollado en seis pasos. Se aclara que no es necesario el agotamiento de cada uno de ellos para lograr un análisis cabal del fenómeno.

sentencia al respecto; simplemente se amparan en esta norma, pese a muchas veces considerar, dentro de la *opinio juris*, que no deben existir preferencias hacia ninguno de los progenitores para otorgar la tenencia de los hijos—paso 5—.

Este mismo estereotipo se encontraba vigente en Chile, en el art. 225 del Código Civil, hasta el año 2013 en que entró en vigencia la Ley 20.680. Del análisis realizado por la doctrina chilena (LATHROP, 2010:153) hacia esta preferencia ciega a la madre se desprende que este principio se justificaba por simples facilismos, para no discutir sobre quien se quedaría con el cuidado de los hijos después de la separación y seguir solamente el “orden natural”. Pero por otro lado, también se discute que dicho principio no debía ser aplicado por los jueces si se aplicaba en debida forma el interés superior del niño.

Los criterios que la Corte Constitucional ecuatoriana ha manejado en el tema de tenencia y cuidado de los hijos e hijas han sido contradictorios e incluso carentes de una motivación razonada. En un primer caso, la Corte está consciente de que es el progenitor más idóneo a quien debe otorgársele la tenencia de sus hijos e hijas (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015: 25); hace hincapié en que, pese a existir reglas establecidas para la tenencia de los niños y niñas, los jueces deben ir más allá y analizar el contexto y la circunstancia particulares de cada caso, atendiendo a los derechos de los niños/as y principalmente, al interés superior de los mismos (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:23). Discrepo con la opinión de la Corte al afirmar que se deberá necesariamente proteger los derechos de los padres sobre sus hijos al momento de tomar estas decisiones, pues considero que esto recae en una práctica e ideología adultocéntrica en donde, de nuevo, se considera de gran importancia los intereses de los padres cuando lo más importante es el interés del niño o niña que le permitirá recibir cuidados por ambos progenitores.

Es acertado el criterio de los jueces constitucionales al sostener que no necesariamente se debe preferir a la madre para encargarse del cuidado de los hijos, sino atender al ISN (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:27); pero a la vez y, talvez de un modo no muy perceptible, la Corte manifiesta y ratifica el estereotipo que asigna el rol de madre cuidadora, por considerar que esa es su “condición natural” y por ello idónea, apta y capaz de proveer el cuidado a los hijos.

Pero todo el análisis realizado por esta Corte resulta vano e inútil cuando finalmente establece que la tenencia definitivamente se debía conferir a la madre por el hecho de que, al momento del inicio del proceso de tenencia, la niña tenía 9 años y la jueza en primera instancia “tenía obligatoriamente que observar, por remisión expresa del artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, lo previsto en la regla 2 del artículo 106” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:30).

Como se dijo anteriormente, esta norma, que marca un claro estereotipo, sigue impidiendo que los jueces sean coherentes en su actuar y busquen realizar un análisis más a profundidad para otorgar la tenencia de los hijos, generando de esta manera una *discriminación indirecta*⁵³ a la madre por razón de sexo, consolidando en la práctica judicial el otorgar la custodia de los niños y niñas solamente a las madres, considerándolas como las más calificadas para el cuidado de los mismos y colocando a los padres en una situación de desventaja respecto de las mujeres en cuanto al cuidado de sus hijos, pues básicamente a ellos se les atribuye solamente la responsabilidad económica de los alimentos (GONZÁLEZ MORENO, 2009:352).

En un segundo caso, la Corte Constitucional para el periodo de transición hace suya la consideración de ANGELINA FERREIRA DE DE LA RÚA y afirma que “es habitual que, ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre (...) Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2011:16). Con esto la Corte sustenta que para que se le pueda retirar la tenencia de los hijos a una madre es necesario “demostrar o sustentar su afirmación en hechos relevantes (conducta de los padres, edad de la niña, medio familiar, lazos afectivos) y no únicamente basarse en que el entorno del padre ofrece mejores condiciones” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2011:16).

⁵³ Se considera "discriminación indirecta" por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro (GONZÁLEZ MORENO, 2009:352).

Considero importante recalcar en este punto un argumento usado por el Dr. FARITH SIMON en la audiencia de Acción de Inconstitucionalidad de la demanda planteada por él, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia en razón del Art. 106 numerales 2 y 4 del CoNA. En la audiencia, SIMON sostuvo que, con la legislación vigente, la única forma de que se le conceda al padre la tenencia de los niños en el primer intento es destruyendo el nombre y el prestigio de la madre, pues no es cuestión de solo demostrar que él es el progenitor más idóneo para hacerse cargo del cuidado de sus hijos e hijas, sino que debe demostrar que la madre no lo es. De esta manera se vuelve una pugna entre madre y padre que, muchas veces, opaca el verdadero sentido de los procesos de tenencia, que es precisamente el dejar de lado los intereses personales de los padres y decidir conforme a lo que resulte más beneficioso para el niño o niña, según los parámetros que ya se han mencionado.

Finalmente, la Corte hace mención a una enumeración de doctrinas⁵⁴, citando a la profesora MARCELA HUAITA ALEGRE, para otorgar la tenencia de los niños y niñas a uno de sus padres, sin mencionar, empero, cuál de todas ellas se debería tomar en consideración para el caso en concreto. Sin embargo, los magistrados mencionan que “la jueza o juez no podría ciegamente dar preferencia a la madre por el hecho de serlo y por considerar que es quien tradicionalmente provee de cuidado y atención a los hijos, sino atendiendo el principio de interés superior del niño, y siempre y cuando los padres se encuentren en igualdad de condiciones, **salvo las excepciones anotadas (doctrina de años tiernos) procurar la aplicación de neutralidad de género**” (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2011:13) (énfasis propio). Entonces, la Corte aún mantiene el estereotipo de rol sexual de la mujer como cuidadora al considerar aplicable la doctrina de los años tiernos y preferir a la madre en estos casos en particular.

⁵⁴ Listado de doctrinas:

- "La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.
- El interés superior del niño o niña: El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
- La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del /la niño/a.
- La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir, el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los /las niños/as"

La institución de la custodia compartida, figura que se pretende incluir en nuestra legislación a través del Proyecto de Reformas al Código de la Niñez, busca precisamente favorecer la integración económica y social de la mujer, así como también la laboral o profesional, al disponer de mayor tiempo para dedicarlo a su desarrollo personal (VILLAGRASA, 2012:89), a la vez que precautela el derecho de los niños y niñas a crecer en compañía de ambos padres, permitiendo que el padre se inmiscuya en las actividades de cuidado de los hijos y adapte también su vida laboral para este fin. También es acertado que a partir de estas reformas se pretenda eliminar la preferencia legal a la madre, pues se han dado razones de sobra para demostrar que dicha preferencia ciega marca aún más la brecha de género entre padre y madre.

2.2.2. Masculinidades y cuidado de los niños y niñas.

Los efectos que la perspectiva de género ha tenido sobre los hombres han tendido a ser invisibles, pues se ha mantenido la idea del grupo masculino como un grupo privilegiado, fuerte, carente de emociones y proveedor por excelencia, lo que ha impedido que se evidencien los diferentes tipos de discriminación que ellos también sufren (GUASCH ANDREU, 2008:30). Debido a la focalización en la desigualdad en la vida de las mujeres, no se ha prestado la necesaria atención a otro tipo de desigualdades como, por ejemplo, las denominadas *masculinidades*.

Los estereotipos de género juegan un papel importante al momento de la creación de las identidades de hombres y mujeres. En la constitución de la identidad del hombre se encuentran las masculinidades. Se considera como *masculinidad* al conjunto de atributos, valores, funciones y conductas que se suponen esenciales al varón en una cultura determinada (KEIJZER, 2012: 45); es una construcción cultural que se reproduce socialmente de acuerdo a un contexto socioeconómico, cultural e histórico (SALGADO ÁLVAREZ, 2013:71). Por lo tanto, la masculinidad es una categoría relacional que llega a describir un proceso de construcción histórica, tanto a nivel individual como colectivo, tomando en consideración que el conjunto de conductas no se impone al hombre desde afuera en un determinado periodo de su vida, sino que se van construyendo a lo largo de la misma por la interacción de éste con las distintas instituciones de la sociedad que le rodea (VIVEROS, 2001:53).

Generalmente se habla de masculinidades en plural pues como se dijo, las características que son asignadas a los varones dependen de la sociedad, el tiempo y la cultura en que estos se desarrollan. No obstante, existe el reconocimiento a nivel global de una **masculinidad hegemónica o dominante**, cuya característica principal es el ejercicio de poder. Así, la masculinidad hegemónica marca ciertos mandatos imperativos para “hacerse hombre” o “ser bien hombre” que son: (i) los hombres son heterosexualmente activos; (ii) los hombres se deben al trabajo por el cual reciben dinero; y, (iii) los hombres son padres y jefes del hogar (SALGADO ÁLVAREZ, 2013:71).

El segundo y tercer mandato se encuentran íntimamente relacionados con la función de hombre como padre. La paternidad⁵⁵ es una de las manifestaciones de la masculinidad que responde, en forma general, a patrones aprendidos que permiten a los hombres confirmar su pertenencia al género masculino (MONTESINOS, 2004:199). Dentro de la paternidad también se puede considerar la existencia de un modelo de **paternidad hegemónica**, en el que la sociedad ha marcado rasgos específicos que “deberá” tener un padre.

Así, ejercer la paternidad da paso a la satisfacción de una triple exigencia relativa al estatuto del hombre en una determinada sociedad: amor a su mujer, amor a sus hijos/as, asumir su papel social y profesional (MULDOWORF, 1973:136, citado en MONTESINOS, 2004:201). Además, ejercer este tipo de paternidad implica el cumplir con ciertos rasgos socialmente aceptados para el ejercicio del rol de padre, por ejemplo, los rasgos masculinos de fuerza y protección reflejan diferencias en una condición biológica de una fortaleza física de la cual, por lo general, adolece una mujer. El carácter protector de los hombres se manifiesta, en primer lugar, en la capacidad de defender la integridad de la mujer y en segundo, garantizando la integridad de la familia, siendo que el rol de protección debe alcanzar al papel de proveedor familiar (MONTESINOS, 2004:203).

Un estudio realizado por JOSÉ OLAVARRÍA (2001:165) en un grupo de varones heterosexuales de la ciudad de Santiago de Chile en el año 2001 arrojó que el ser padre

⁵⁵ La paternidad constituye la posibilidad de confirmar objetivamente la pertenencia al género masculino y, desde la perspectiva tradicional, coadyuva a la confirmación y maduración de la identidad masculina (Montesinos, 2004: 206).

constituía un paso fundamental en el camino del varón para llegar a ser adulto y ser considerado un “hombre”. El varón ya no tenía poder sólo en términos generales sino ejercía poder sobre su esposa e hijos/as. Se consideraba al hombre como quien debe “sacar su familia adelante”; ser quien provea de los recursos económicos necesarios a su núcleo familiar; tenía autoridad dentro de la familia pues era quien la construía y la estructuraba. Por el contrario, se esperaba que la esposa complementara al marido, obediéndolo y siendo la responsable del hogar y del cuidado y crianza de los hijos. Se consideraba al varón en su función de jefe del hogar, proveedor, regulador de premios y castigos, entre otros.

En este mismo sentido se realizó un estudio en Colombia y Perú (VIVEROS, OLAVARRÍA, & FULLER, 2001), arrojando resultados bastante similares. Sin embargo, tanto en estos países como en Chile, de cierto modo consideran a la paternidad no solo como el hecho de engendrar un hijo sino asumir concretamente los deberes asociados a este vínculo, comprometiéndose a fondo con ellos de forma definitiva. Es la manifestación palpable de la responsabilidad que adquieren los hombres al ser adultos, como una de las fases más importantes para constituir su identidad masculina. De hecho, varios de los entrevistados, que compartían el discurso de la masculinidad referente, señalando que los atributos anteriormente expuestos los distinguían como hombres, afirmaban que éstos estaban frecuentemente lejos de sus vivencias y sentires y que los transforma, de cierta manera, en prisioneros de un modelo que les resulta ajeno (OLAVARRÍA, 2001:256). Se ha evidenciado, entonces, que esta forma de vivir la masculinidad aleja al padre de los hijos, física y emocionalmente, aunque él no lo desee, quedando éstos generalmente bajo el cuidado de la madre, aunque ella tampoco lo quiera (OLAVARRÍA, 2001:257).

Como se ha dicho, los diferentes tipos de manifestación de las masculinidades varían de acuerdo a época, la cultura y la sociedad; por ende, la concepción sobre cómo ejercer de forma adecuada la paternidad también variará de la misma forma. Los cambios producidos a nivel económico, político y social, encabezados por la introducción cada vez más abundante de las mujeres al mercado laboral, evidencian la necesidad de construir nuevos modelos de hombres y, sobre todo, nuevos modelos de padres (MONTESINOS, 2004:197).

Así, se ha empezado a hablar de un *nuevo modelo de paternidad*, que forma parte de las masculinidades emergentes en la actualidad. RAFAEL MONTESINOS afirma que:

La nueva paternidad, es entendida como aquella expresión de la masculinidad emergente que representa la capacidad crítica a los modelos tradicionales de género, y cuya esencia permite concentrar el poder de la figura masculina. Se trata, en consecuencia, de asociar una nueva forma de ejercer el poder y de representar la autoridad, social y familiar, a la figura de la nueva masculinidad-nueva paternidad (2004:198).

Dentro de esta nueva paternidad, los hombres reconocen a las mujeres como sus iguales y asumen que los compromisos de pareja, fuera de la reproducción biológica, se comparten de manera igualitaria. Muchos hombres ya no consideran que su rol se limite a conseguir ingresos económicos para sus familias, sino que mas bien, se han involucrado en labores domésticas y cuidado de los hijos; dichas relaciones son denominadas por ELLEN HARDLY y ANA LUISA JIMÉNEZ como “*democratización de las relaciones de género*”.

Esta democratización, por una parte, se ha logrado gracias a la ruptura del pensamiento de los hombres, en la actualidad, sobre su rol dentro de la familia, con respecto al pensamiento de sus padres. Una investigación realizada por MARÍA DEL PILAR TROYA a profesionales de clase media de la ciudad de Quito evidenció que los entrevistados sintieron que sus padres no se ocupaban suficientemente de ellos, y por eso, ahora cuando son padres, expresan la necesidad de hacer las cosas de forma diferente (TROYA, 2001:77). Ahora los padres se ven impulsados a expresar sus sentimientos y a ser más afectivos con sus hijos, siendo ésta la mayor motivación para su transformación hacia una masculinidad “menos dura”. Se plantea una relación de cercanía emocional, afectividad y preocupación frente a la distancia que les fue impuesta a ellos por sus padres (TROYA, 2001:80).

El hecho de que se reconozca en la sociedad la igualdad de derechos entre hombres y mujeres ha logrado, como ya se ha analizado, una mayor intervención de la mujer en el mercado laboral y en el dominio de lo público en general, y esto ha hecho que los hombres poco a poco se ocupen de ciertas tareas domésticas y se encarguen del cuidado de los hijos en determinadas circunstancias (TROYA, 2001:79). En la realidad y en la cotidianidad, siguen siendo las mujeres quienes se ocupan de la mayor parte de tareas en el hogar y del cuidado de los hijos; sin embargo, estas tareas vez se comparten más y los cuidados de los niños y niñas también, siendo tal que el hombre va perdiendo el sentido de “ayuda a la mujer” para

ganar el sentido de “responsabilidad personal” frente al hogar y cuidado de sus hijos e hijas. Muchos hombres ya no quieren involucrarse solamente en la parte recreacional del cuidado de sus hijos, sino también ocuparse de la parte educativa, social y sanitaria de los mismos.

De esta forma, la paternidad está siendo sometida a una *resignificación*, producto del cambio cultural que se vive en la actualidad, en donde existe una retroalimentación entre lo viejo y lo nuevo de los padres; en donde se ha incrementado el número de mujeres dentro de la esfera pública; en donde poco a poco se va atenuando el rol de proveedor de los padres que, hoy por hoy, aparece más compartido y en donde los propios hombres presentan un malestar frente a un ideal masculino que no pueden cumplir (SALGADO ÁLVAREZ, 2013:73). Ahora la identidad del hombre-padre se va forjando con un sentido de realización, gozo y satisfacción personal que, a su vez, proveen compromiso afectivo y responsabilidad parental como proyecto de vida dentro de un contexto de igualdad de derechos y equidad de género (ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:123).

Ahora bien, se ha analizado que la identidad del hombre como padre ha ido cambiando e incluso, hoy como hoy, la sociedad espera del hombre que respete la introducción de la mujer a la vida laboral y la apoye, procurando entonces una complementariedad doméstica, un cuidado compartido de los hijos y una nueva redistribución de sus tiempos. Pero, ¿qué pasa cuando se rompe el vínculo conyugal y existe una separación entre los padres? En este supuesto, nuestra cultura ha estereotipado y asignado una distancia parental marcada entre el padre y sus hijos, pues es el padre quien generalmente no queda a cargo de ellos. Además, se espera de él que provea los recursos necesarios para la mantención de sus hijos. Se observa cómo la construcción de las masculinidades sobre la paternidad puede variar incluso dentro de esta misma, dependiendo si el padre convive o no con sus hijos.

Esto quiere decir que durante la relación de pareja al padre se le exige y valida la complementariedad de roles y en la cercanía emocional de vínculo con sus hijos/as, mientras que, una vez terminada esta relación sentimental entre los padres, en un contexto muy usual de disputas por conflictos mal manejados, una de las partes excluye esta demanda social, legitimando la tuición monoparental, reproduciendo el alejamiento del padre, la sobreexplotación del rol materno e imágenes carenciadas de figura paterna en los niños/as (ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:119).

La legislación ecuatoriana, tal como se encuentra establecida actualmente⁵⁶, coopera con estas prescripciones sociales, fomentando un prejuicio que limita la participación activa del hombre en la crianza de sus hijos e hijas, vulnerando el derecho de los niños a ser cuidados por ambos progenitores. Esto, a su vez, provoca que el actuar de los jueces y juezas esté plagado de elementos prejuiciosos y estereotipados de género, que acarreen varias veces una ausencia del padre impuesta, misma que repercute en daño, inestabilidad y fragilidad en el niño/a involucrado en la dinámica de conflicto (ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:120).

Este sistema, entonces, permite que se desarrolle un proceso de *desparentalización*, en donde continúa existiendo un conflicto inter genérico, es decir, una pugna entre los padres por quién ejerce mayor poder luego del rompimiento de la relación, dejando el interés de sus hijos en un segundo plano (ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:122). En esa pugna de poderes, generalmente quien lleva las de ganar es la mujer, por su rol “natural” de madre, estigmatizado y aceptado socialmente.

Así, los obstáculos que puede tener un padre para participar de forma activa en el cuidado de sus hijos pueden ser aquellos arraigados a la tradición sociocultural de la sociedad, y otros que son el resultado de desacatos de imperativos jurídicos (ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:121), como por ejemplo, el traslado arbitrario de los niños y niñas a otras ciudades, procurando la mayor distancia con el padre, escondiéndolos y muchas veces, manipulándolos en contra de éste, pero eso sí, exigiendo estar al día en el pago de la pensión alimenticia, usualmente a manera de chantaje, para que el padre pueda hacer uso del régimen de visitas.

Dicho sea de paso, el régimen de visitas constantemente resulta en un período de tiempo breve, esporádico y manipulable, por lo que no se podría afirmar que garantice la igualdad de derechos y oportunidades de vínculo emocional presente y permanente para ambos progenitores. “La práctica jurídica con la pensión de alimentos y el régimen de visitas estaría reproduciendo el asignado cultural de “hombre proveedor y distante emocionalmente”” (ZICAVO, 2010, citado en ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:124).

⁵⁶ Se hace referencia al régimen establecido en el Código de Niñez y Adolescencia ecuatoriano en cuanto a tenencia, alimentos y régimen de visitas: Título III, IV y V del CoNA.

El Estado tiene la obligación de garantizar que los niños y niñas crezcan y reciban cuidados por parte de ambos progenitores⁵⁷. Por todo lo analizado en líneas anteriores, resulta imperativo que el Estado introduzca cambios con el fin de lograr una transformación de la concepción de paternidad y maternidad que se tiene en nuestra sociedad actual. Entre las acciones posibles, LUIS BONINO considera que se puede contemplar: (i) políticas públicas encaminadas a sensibilizar a la sociedad para propiciar la legitimación en las familias de que el hecho de cuidar de los hijos no es solo “cosa de mujeres”, que cuidar y empatizar con los demás también puede ser “cosa de varones”; (ii) incorporar en las escuelas estrategias para construir una paternidad responsable, incentivando entre otras cosas a que los varones cuiden de los niños menores y no sean usados como víctimas de maltrato; (iii) apoyar a los padres con hijos adolescentes; (iv) generar espacios de reflexión masculina donde los varones puedan revisar sus comportamientos y metabolizar los cambios; entre otras (BONINO, 2003:176-177).

Sin dejar de lado estas acciones, considero que el mayor logro que el Estado podría conseguir es el reconomiento, primero social y luego legal, de que los hijos necesitan recibir cuidados por ambos padres, que tanto padre como madre deben verse integralmente involucrados en la crianza de sus hijos. Por lo tanto, se puede contemplar la posibilidad de que al momento de otorgar la tenencia de los niños y niñas se haga un estudio completo de la situación de ambos progenitores con el afán de lograr que los dos participen de forma equitativa en el cuidado de sus hijos; esto con miras hacia la introducción de un régimen de custodia compartida en nuestro país, que hoy por hoy resulta mejor denominarlo “guarda compartida” o “cuidado compartido” de los hijos, en un lenguaje jurídico más inclusivo y menos patriarcal. Como veremos más adelante, el Proyecto de Reformas al Código de la Niñez que se debate actualmente en la Asamblea Nacional prevé la introducción de la “tenencia compartida”.

Con la inclusión de este sistema se lograría una resignificación al concepto de pensión de alimentos y régimen de visitas; la primera sería reemplazada por una distribución equitativa de responsabilidades, en donde ambos progenitores se hagan cargo de la satisfacción de las

⁵⁷ Art. 69.1. CRE.

necesidades materiales de sus hijos. El régimen de visitas, por su parte, también sufriría cambios pues al tener el cuidado compartido, ya no se habla de simples visitas recreacionales sino más bien de un régimen de convivencia con los hijos que será, de igual manera, repartido de forma equilibrada entre los padres, velando siempre por lo que mejor convenga a los niños y niñas para garantizar su estabilidad emocional. Durante el tiempo que cada progenitor conviva con sus hijos, se hará cargo de la satisfacción de sus necesidades, sobre todo de tipo emocional y afectivo.

Como bien lo afirma el español CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE (2012:89-90), la introducción de un cuidado compartido de los hijos puede traer varios beneficios como son: (i) garantizar a los hijos la posibilidad de disfrutar de ambos padres y fomentar una actitud positiva de los niños y niñas frente a la separación de sus progenitores; (ii) la ruptura resulta menos traumática pues se evita sentimientos negativos de culpa o abandono de los niños/as; (iii) se evitan situaciones de manipulación de los progenitores a los hijos; (iv) se evita el sentimiento de pérdida que se produce en el progenitor no custodio; (v) se consigue una mayor concienciación de ambos progenitores en cuanto a la contribución a los gastos de los hijos, de manera equitativa o proporcional a su capacidad económica; (vi) hay una equiparación entre los progenitores respecto de su tiempo libre; (vii) se facilita la adopción de acuerdos al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente; (viii) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

Sin embargo, hay que considerar que la aplicación de un régimen de cuidado compartido dependerá del análisis de la situación de cada caso en particular. En materia de cuidados personales no es posible adoptar criterios generalizadores ni pensar que un determinado sistema de custodia es *per se* el más adecuado. Se deberá analizar la competencia parental de cada familia singularmente (ZICAVO & FUENTEALBA, 2012:121).

A manera de conclusión se ha podido analizar que las formas de ejercer la paternidad ya han cambiado y cada vez son más los padres que demandan estar presentes interactivamente en la formación y cuidados de sus hijos. Ahora no resulta extraño ver que un padre demuestre cariño por sus hijos e hijas, que se encargue de llevarlos a la escuela, de llevarlos al parque, de cocinar para ellos, de ayudarlos con las tareas de la escuela o jugar con ellos. Si se evidencian estos cambios culturales dentro de nuestra sociedad, es necesario que el

legislador, de la mano de la ejecución de políticas públicas, tome nota de dichas variaciones y coadyuve a la realización de los nuevos modelos de familia, desechando normas que perpetúen el modelo de masculinidad hegemónica y permitan un mayor acercamiento de los padres con sus hijos e hijas para que puedan brindarles el cuidado al que tienen derecho, tomando en consideración el hecho de que una mujer vale tanto como un hombre, y un padre vale lo mismo que una madre.

2.3. Definición ampliada de familia y su relación con el derecho de cuidado de los hijos.

A lo largo de esta investigación se ha manifestado que los niños y niñas tienen derecho a ser cuidados por ambos progenitores, estableciéndose entonces, dentro de una interpretación más amplia y global como ya se analizará más adelante, que los niños y niñas tienen derecho a crecer en familia. La Corte IDH sostiene que “el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002: párr.71).

Hay que considerar que cuando se habla de “familia”, no se hace referencia a ningún tipo en particular, sino más bien se da amplitud a dicho concepto, por la naturaleza tan variable de las relaciones que existen en la sociedad. De esta forma, la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida⁵⁸, mas no especifica la forma en que la familia debe estar conformada. La Corte IDH, en uno de sus fallos, manifiesta que “la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado” (CASO ROCHAC HERNÁNDEZ Y OTROS VS. EL SALVADOR, 2014: párr. 104). Dicha Corte también ha sostenido que el término “familiares” debe

⁵⁸ Art. 17.1. Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Ecuador el 12 de agosto de 1977, publicada en R.O 795 de 27 de octubre de 1977.

entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano (CASO FORNERÓN E HIJA VS. ARGENTINA, 2012: párr. 98).

Como bien lo afirma la Corte IDH, lo primordial es que los niños y niñas crezcan rodeados de su familia, principalmente biológica, así como de sus parientes cercanos. En este orden de ideas, se puede decir que existen en la actualidad varios modelos de familia dentro de los cuales los niños pueden crecer y desarrollarse de forma íntegra. Dentro de los principales tipos de familias se encuentran:

- a) **Familia tradicional o nuclear:** También llamada “familia conyugal” o “familia simple o “básica”, es el tipo de familia con mayor aceptación en países de occidente. Está conformada por padre, madre e hijos.
- b) **Familia monoparental:** Aquella conformada por un progenitor, ya sea padre o madre, y uno o varios hijos. Este tipo de familias pueden originarse a partir del divorcio o separación de los padres; por viudez; por migración de uno de los progenitores o incluso al ser madre o padre soltero o por adopción uniparental (COHENE, 2012:14). A este grupo de familias se las denomina también “grupos de convivencia familiar uniparentales” (SAMARANCH & DI NELLA, 2012:106). En este modelo de familia es en el cual se concentra el desarrollo de la presente investigación, cuando su origen es la separación o divorcio de los padres.

Cabe notar en este apartado que las situaciones de monoparentalidad, en donde es una sola persona quien destina su tiempo al cuidado de los hijos, pueden existir incluso en grupos de convivencia familiar biparental, básicamente cuando existe una distribución asimétrica del cuidado de los/las hijos/as entre la pareja. Por lo tanto, las situaciones de monoparentalidad pueden darse o no en el marco de un grupo de convivencia familiar monoparental (VILLAGRASA, 2012:106).

- c) **Familia ensamblada:** También denominada por algunas legislaciones como “familia afín” es aquella en la que dos adultos, hombre y mujer, previamente separados o divorciados, se hacen cónyuges, y por lo menos uno de ellos tiene hijo(s) de su compromiso anterior que lleva a vivir al hogar común, pudiendo tener o no

nueva descendencia (BELLUSCIO A. C., pág. 8). Así mismo, esta familia puede tener origen a partir de padre o madre viudos, con hijos, o padre o madre solteros con hijos.

d) Familia ampliada o extendida: Se entiende por familia extensa aquella que reúne a todos los parientes y personas con vínculos reconocidos como tales (VALDIVIA, 2008:15). Se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas. En otras palabras, la familia extendida se encuentra conformada por padres e hijos, abuelos, hermanos, sobrinos, suegros, hijos políticos. Este tipo de familia representa la máxima proliferación del conjunto familiar.

e) Familia homoparental: Es aquella conformada por dos personas del mismo sexo, o personas transgénero, que constituyen un núcleo familiar donde los hijos pueden llegar por intercambio heterosexual de uno o ambos miembros de la pareja, por adopción y/o procreación asistida” (MOLINER, 2005, pág. 60, citado en RAMOS, 2014:43).

A la luz de la legislación ecuatoriana actual, hay sectores de la sociedad que consideran que este tipo de familias son discriminadas y se les priva a los niños y niñas de recibir cuidados por parte de padres homosexuales, pues la Constitución prohíbe la adopción a parejas del mismo sexo⁵⁹.

Dentro del sistema jurídico ecuatoriano la familia es reconocida en sus diversos tipos, tal como lo establece el Art. 67 de la Constitución, y es obligación del Estado protegerla como núcleo fundamental de la sociedad y garantizar condiciones que favorezcan de forma *integral* a la consecución de sus fines. El mismo artículo hace hincapié en que las familias podrán constituirse por vínculos jurídicos o de hecho y existirá igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Así mismo, el Código de la Niñez y Adolescencia dispone que la ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña

⁵⁹ Art. 68. CRE. Segundo inciso: La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

y adolescente⁶⁰, sin realizar distinción sobre un modelo determinado de familia que se deba tener en consideración. Sin embargo, el artículo 8 de dicho cuerpo normativo también aclara que corresponde, de manera prioritaria, al padre y a la madre la protección y cuidado de sus hijos y la exigibilidad de sus derechos.

La Corte IDH en diversos fallos se ha ratificado en el criterio de que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2012: párr. 142 y 145). Inclusive la misma Corte ha considerado que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2012: párr.175).

De forma específica, en lo que tiene que ver con los niños y el entorno en que se desarrollan, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N°7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, reconoce que “ “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño” (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005:párr.15).

Esta definición recoge ciertos modelos de familia pero también deja la puerta abierta al reconocimiento de otros, pues el Comité observa que “en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor

⁶⁰Art. 8 y 96. CoNA.

diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”(ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005:párr.19).

En este sentido, los organismos internacionales de Derechos Humanos consideran como primordial la obligación del Estado de apoyar el desarrollo y fortalecimiento del núcleo familiar. La Corte IDH ha constatado que, “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2012: párr.120).

El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, manifiesta que dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe el reconocimiento del niño y niña a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus dos progenitores en el seno de la misma, y que la responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013: párr.54). Así lo manifiesta la CDN⁶¹, misma que además ratifica la obligación del Estado de prestar apoyo y asistencia adecuada a los padres y familias, en el cumplimiento de las responsabilidades parentales⁶².

En esa misma línea, la Corte IDH, a través de su Opinión Consultiva 17/02-2002, aclara que la Corte Europea de Derechos Humanos también ha establecido que el “disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de

⁶¹ Art. 5 y 9. CDN.

⁶² Art. 5 y 18. CDN.

familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002: párr.72).

Respecto a este supuesto, cuando los padres se separan y se da origen a una familia monoparental, es importante volver a recalcar el derecho de los hijos a crecer y ser cuidados por sus dos padres, pese al cambio de modelo de familia. Tal como lo sostiene la Corte IDH, “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas” (CASO FORNERÓN E HIJA VS. ARGENTINA, 2012: párr.9). Lo dicho aplica tanto para el progenitor custodio como para el no custodio, pues ambos están en la obligación de brindar los cuidados que fueren necesarios a sus hijos sin que, en teoría, se sobrecargue de responsabilidades de cuidado a uno y económicas a otro.

Lamentablemente aún vivimos en una sociedad donde se asigna estereotipos de género que influyen en el actuar de los padres. De esta forma, dentro de la familia tradicional e intacta generalmente se demanda una responsabilidad compartida en el cuidado de los hijos por parte de sus progenitores; pero cuando los padres se separan, “uno es el tenedor de los hijos y tiene una familia incompleta y es doblemente responsable, y el otro, visitante, sin familia, se convierte en un extraño pagador. El régimen de visitas desestabiliza la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianeidad” (CATALDI, 2015:1).

Por esto, es importante tener presente la figura del cuidado compartido. Dicho cuidado, demandado en instrumentos internacionales como la CDN y la CADH, es la vía para garantizar que niños y niñas puedan gozar efectivamente de sus derechos, cuyos principales custodios son sus padres, en igual medida y condiciones. Para que los niños puedan ejercer su derecho al cuidado compartido, los padres deben asumir la denominada “corresponsabilidad parental”. ROCÍO LÓPEZ Y OTROS consideran que:

La corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus

acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Por ello, el principio de corresponsabilidad es un criterio que servirá para modelar las conductas de los padres y su ejercicio del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados (LÓPEZ, 2011:275, citada en *Demanda de inconstitucionalidad del Art. 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia*, 2015:17).

La corresponsabilidad parental dentro de la familia tradicional, como ya se mencionó, es un principio que se espera y muchas veces se supone es ejercido, por lo tanto no resulta del todo perceptible; mientras que dicho principio se vuelve más relevante en el momento de separación de los padres, donde el objetivo es lograr precisamente la existencia de una coparentalidad, a partir del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

En este punto, resulta importante aclarar la distinción que existe entre el concepto de “corresponsabilidad parental” y “coparentalidad”. En principio, se debe notar que ambos conceptos corresponden a *principios* consagrados principalmente en la CDN y también en las diferentes legislaciones. Así, el Art. 18 de la CDN consagra el principio de la corresponsabilidad parental como las obligaciones comunes que tienen ambos progenitores respecto a la crianza y cuidado de los hijos; mientras que el Art. 7.1 y el Art. 9.3 del mismo cuerpo normativo señalan el derecho de los niños y niñas a ser cuidados y mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, aunque éstos se encuentren separados. Esta disposición es reconocida como aquella que afirma la coparentalidad.

En sentido negativo pero concurrente, se ha entendido que la coparentalidad abarca también el derecho del niño a no ser separado de sus padres, “derecho conforme al cual el interés superior del menor reclama que el niño crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la crianza del hijo, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a aquel interés” (ACUÑA SAN MARTÍN M. , 2013:39).

En conclusión, se puede notar que el principio de coparentalidad se consagra entonces desde la óptica del hijo, como el derecho que tiene a crecer, relacionarse con sus padres, y ser cuidado por ellos; mientras que el principio de corresponsabilidad parental se consagra

desde la óptica de los padres, como un deber de ellos de participación en el cuidado y crianza de sus hijos.

Por otra parte, es importante tomar en consideración que el derecho de los niños a vivir en familia se encuentra también vinculado con su derecho a la identidad y al desarrollo de su personalidad, derechos recogidos dentro de la CDN⁶³. Incluso la Corte IDH considera que se vulneraría el derecho a la integridad, consagrado en el Art. 5.1 de la CADH, al separar a un niño o niña de sus padres, debido a que, en la primera infancia, los niños ejercen sus derechos por conducto de sus familiares y la familia tiene un rol esencial en su desarrollo (ASUNTO L.M. RESPECTO PARAGUAY, 2011: párr.14).

A propósito de la *primera infancia*⁶⁴, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que una de las características de esta etapa es que los niños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección, de acuerdo a su edad y condiciones (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005: párr. 6.b). Además, el Comité asegura que primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005: párr. 6.e).

De esta forma, si un niño o niña es separado de sus padres o de alguno de ellos, corre el riesgo de que se vea comprometido el desarrollo pleno de su personalidad, pues ésta y la identidad del niño se encuentran forjadas por varios factores dentro de los cuales se destaca, como bien lo afirma el CRC, la creación de vínculos afectivos entre el niño o niña y las personas cercas a él o ella. Esta influencia de las personas cercanas al niño en su crianza y formación es lo que vincula estrechamente al derecho a la familia con el derecho a la identidad.

⁶³ Preámbulo CDN: *Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso **desarrollo de su personalidad**, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*

Art. 8.1 CDN: *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a **preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

⁶⁴ Se consideran inmersos dentro de esta etapa los niños y niñas desde su nacimiento hasta los 8 años de edad (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005: párr.4).

Hay que mencionar, además, la importancia del análisis que el CRC realiza respecto a la fragilidad de los niños y niñas pequeños, pues afirma que éstos:

Son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Las situaciones que tienen más probabilidades de repercutir negativamente en los niños pequeños son la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión material o psicológica o de salud mental menoscabada; la atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños (...) (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005: párr. 18).

Esta consideración del Comité da luces acerca de los principales obstáculos que se presentan para los niños al momento de la separación de sus padres. Considero que uno de los más importantes y de mayor riesgo es la privación de cuidados parentales adecuados, tomando en cuenta que muchas veces es el progenitor custodio quien, consciente o inconscientemente, coloca al niño o niña en una condición de rechazo y desprecio hacia el otro progenitor, que como ya se me ha mencionado en apartados anteriores, por lo general es el padre, impidiendo de esta forma que pueda brindarle los cuidados adecuados a los que sus hijos tienen derecho.

Si esta situación es reiterada en el tiempo y adquiere mayor fuerza desencadenará el surgimiento de una enfermedad psicológica en los niños, denominada Síndrome de Alienación Parental. RICHARD GARDNER, creador del término, considera que la primera manifestación de este síndrome es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. Posteriormente, el fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado (SEGURA, GIL, & SEPÚLVEDA, 2006:120). Además, se considera que el objetivo de estas acciones es impedir, obstaculizar o destruir los vínculos de los hijos con el otro progenitor.⁶⁵ Quienes se oponen al

⁶⁵ En Brasil existe desde 2010 la Ley Síndrome de Alienación Parental, mediante la cual se establecen formas de alienación parental y consecuencias jurídicas tanto para el padre alienador como para el alienado, una vez

reconocimiento de este síndrome como una enfermedad psicológica sostienen que éste es simplemente una nueva forma de ejercicio institucional-profesional de violencia hacia las mujeres; un instrumento que articula nuevos discursos machistas (BODELÓN, 2012:153).

Sin embargo, lo importante es tener presente que los niños y niñas tienen derecho a crecer y ser cuidados por su familia, donde lo que prima es el cuidado por parte de su padre y madre, más allá de la manera en que se halle conformado el núcleo familiar de los niños. En cualquier modelo de familia lo principal es velar por el bienestar de los niños y niñas, tomando las medidas que resulten necesarias para la mayor satisfacción de sus derechos y su crecimiento íntegro, físico, pero principalmente emocional, y es el Estado el llamado a velar por el cumplimiento de las obligaciones parentales y familiares y garantizar que existan las condiciones adecuadas para el ejercicio de las mismas.

que se compruebe la existencia de este Síndrome. Ley disponible en:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, COMPARADO Y NACIONAL

En este capítulo se abordarán las diferentes perspectivas respecto del derecho de cuidado de los hijos, comenzando por una visión psicológica hasta llegar a analizar el contenido de este derecho en la normativa internacional, comparada y nacional, y dirimir si es correcto hablar de un derecho de cuidado autónomo o del derecho de cuidado como un derecho medio para alcanzar la consecución del resto de derechos que amparan a niños y niñas.

Posteriormente se analizará los principales ámbitos vinculados más directamente con la aplicación de este derecho, realizando un análisis comparativo de las reformas planteadas por el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, que se encuentra actualmente en debate en la Asamblea Nacional, confrontando lo propuesto con la realidad actual y evidenciando los cambios significativos y las críticas pertinentes.

3.1. El cuidado desde el punto de vista psicológico, antropológico y social.

Para poder comprender los cuidados que los niños y niñas necesitan, dependiendo de su edad y desarrollo, es necesario tomar el apoyo que nos brinda la psicología al respecto. Para la psicóloga MARIE FRANCE MERLYN (2017) lo primordial al hablar de cuidado de los niños y niñas es un ambiente seguro y estable. Las personas que se encuentren frente al cuidado de estos niños y niñas deben saber responder a sus demandas, para satisfacer sus necesidades tanto materiales como emocionales, mismas que irán variando conforme el niño se vaya desarrollando.

Así por ejemplo, un bebé de hasta seis meses lo único que sabrá es que sus necesidades pueden ser satisfechas a partir del llanto, ya sea que tenga hambre, que necesite un cambio de pañal o simplemente que quiera sentir el cariño de sus padres mediante mimos o abrazos. Es importante que no se ignore el llanto del bebé, pues es su forma de pedir ayuda y si se siente ignorado durante mucho tiempo, puede mostrarse pasivo y deprimido. De la misma

forma, es igualmente importante dejarlo que llore pues así él aprende que el llanto le permitirá satisfacer sus necesidades y conseguir ayuda (BIDDULPH, 2004:127).

Siguiendo en las etapas de desarrollo, un niño o niña de 6 a 18 meses lo que busca es explorar sus alrededores; empieza a hablar y su curiosidad le permite ir aprendiendo acerca de las cosas que le rodean y el espacio en el que se desarrolla. Es importante en esta etapa que los padres, o quien esté a cargo de los niños, les animen a probar cosas nuevas, como salir en autobús o al parque, les ayuden a desarrollar el habla y jueguen con ellos, enseñándoles que es lo que se debe y no se debe hacer o tocar, manteniendo una actitud positiva.

Desde los 18 meses hasta los 3 años, el niño y niña empiezan a razonar y es buen momento para darles explicaciones simples. El niño empieza a enojarse y a desobedecer. Muchas veces el niño ya quiere ser independiente, luego vuelve a ser dependiente otra vez, para luego volver a ser independiente cuando las circunstancias “mejoren”. Esta es la etapa en donde empiezan las preguntas del ¿por qué? ¿cuándo? ¿cómo?. En esta etapa es importante que los padres sepan marcar límites y respetarlos, solo así los niños aprenderán hasta donde pueden llegar. Se debe enseñar a los niños formas aceptables de manejar su enojo (BIDDULPH, 2004: 130-131).

Durante los tres primeros años es importante que la persona encargada del cuidado permanente del niño o niña le ofrezca atención oportuna a sus necesidades, muestras de afecto, fomente la autonomía y la comunicación; de esta forma, la o el pequeño desarrollará un mayor nivel de confianza en sí mismo y en su entorno y tendrá una alta probabilidad de crear futuras relaciones saludables con otros (MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, 2013: 18-19).

De los 3 a los 6 años es importante la interacción que los niños tengan con sus familiares y las demás personas que los rodean pues esto les ayudará a moldear su personalidad y definir sus maneras de pensar y actuar. Por ello, es relevante el que los padres enseñen a sus hijos a cuidarse de los extraños pero a la vez, a que aprendan a interactuar con otros niños. Poco a poco se puede empezar a asignar ciertas responsabilidades a los niños y niñas, como recoger los juguetes.

En la última fase de la niñez, esto es, de 6 a 12 años, los niños y niñas entablan relaciones más fuertes con sus amigos e inician señales de deseo de independencia de la familia. Además, estos niños enfrentan desafíos académicos más fuertes, empiezan a tomar más en consideración diferentes puntos de vista, sobre todo de sus pares, e inician a estar más conscientes de su cuerpo. En esta etapa es vital la comunicación de los padres con sus hijos para ganar su confianza, para motivarlo en la escuela, para aumentar su autoestima y brindarle seguridad.

Por otra parte, UNICEF afirma que la neurociencia ya empieza a confirmar y explicar el “engranaje de lo que la ciencia social y la experiencia común vienen manteniendo desde hace tiempo: que unas relaciones afectuosas, estables, seguras, estimulantes y gratificantes con la familia y los cuidadores durante los primeros meses y años de vida son esenciales para casi todos los aspectos del desarrollo de un niño” (UNICEF, 2008:6).

Finalmente y de manera acertada, el Ministerio de Inclusión Económica y Social sostiene que:

A lo largo de todas las etapas del Desarrollo Infantil es necesario que el adulto reconozca qué capacidades y qué limitaciones tiene la niña o el niño en cada edad, así no lo forzará a hacer actividades demasiado complicadas, pero tampoco desperdiciará una oportunidad de aprender proponiéndole hacer cosas demasiado sencillas, y peor aún manteniéndolos quietos, silenciosos u obediendo disposiciones para comodidad de quien los cuida.

Aunque las etapas y las características del desarrollo son comunes para todo niño o niña, es necesario tomar en cuenta que cada uno madura y desarrolla de modo individual, en función de sus propias capacidades fisiológicas y de los estímulos que haya recibido en su familia o centro infantil (MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, 2013:21).

Hasta este punto hemos podido observar las necesidades sobre todo afectivas y emocionales que los niños requieren, dependiendo de la etapa de desarrollo en la que se encuentren. Pero hay autores como LYN CRAIG y JULIA CONSTANTINO REYES que clasifican el cuidado infantil en cuatro grupos de actividades, a saber:

1. **“Cuidado infantil interactivo:** Interacción madre/ padre-hija/ o en persona al enseñar actividades, ayudar a las hijas e hijos a aprender, leer, contar cuentos, jugar, escuchar a las hijas e hijos, conversar con ellas y ellos y reprenderlos /as.
2. **Cuidado infantil físico y emocional:** Interacción madre /padre-hija /o en persona que gira alrededor del cuidado físico de las hijas e hijos: alimentar, bañar, vestir, llevar a dormir, cargar, sostener, arrullar, abrazar, tranquilizar.
3. **Traslado y comunicación:** El traslado puede asociarse con el transporte a la escuela, visitas, entrenamientos deportivos, clases de música y ballet, y reuniones de padres, madres y profesores/ as. El tiempo de traslado incluye el dedicado a esperar y tomar trenes o autobuses. La comunicación (en persona, telefónica o por escrito) incluye discusiones con la pareja, otros /as integrantes de la familia, amistades, profesores/ as y cuidadores/ as de niños/ as cuando la conversación es sobre el hijo o hija.
4. **Cuidado infantil pasivo:** Supervisar juegos y actividades recreativas como nadar, ser una presencia adulta a la que acuden las hijas e hijos, mantener un ambiente seguro, supervisar a las hijas e hijos cuando juegan fuera de la casa, cuidar su sueño" (CRAIG & CONSTANTINO, 2011: 108-109).

Por otro lado, el sector del feminismo que ha construido el concepto de “economía del cuidado⁶⁶” sostiene que el trabajo de cuidado o doméstico engloba tareas como:

1. **Servicios de apoyo:** Pagos diversos, trámites administrativos, compras del hogar, transporte.
2. **Producción de bienes y servicios en el hogar:** Limpiar la casa, lavar los platos, lavar y planchar la ropa, cocinar, tirar la basura, confeccionar prendas de vestir para los hijos, entre otras.
3. **Abastecimiento de agua y combustible:** Acarrear agua, recoger leña.
4. **Construcción y reparación de la vivienda.**

⁶⁶ La economía de cuidado es el concepto que se concentra en aquellos aspectos del espacio del “cuidado” que generan o contribuyen a generar valor económico. El principal interés de este tipo de economía es la relación que existe entre la manera cómo las sociedades organizan el cuidado de sus miembros y su vinculación con el funcionamiento del sistema económico. Cabe recalcar que, en este contexto, se entiende por “cuidado” los bienes y las actividades que permiten a las personas alimentarse, educarse, estar sanas y vivir en un hábitat propicio. Abarca por tanto al cuidado material que implica un trabajo, al cuidado económico que implica un costo y al cuidado psicológico que implica un vínculo afectivo (RODRÍGUEZ, 2005:2).

5. **Servicios específicos de cuidado:** Vinculado con las necesidades de los niños en cada etapa de su desarrollo (REDÓN, 2000; citado en RODRÍGUEZ, 2005:6).

A partir de todo lo expuesto se puede entender cuáles son los cuidados diarios que un niño o niña necesita y cuáles son las necesidades afectivas que también deben ser satisfechas por quien esté a cargo del cuidado de los niños. Para este estudio, se toma como presupuesto el hecho de que niños y niñas están bajo el cuidado de su padre y madre. Esta condición es importante pues, como se verá más adelante, es la misma normativa la que establece la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de sus hijos, como primeros obligados al cuidado de estos.

En este orden de cosas, cabe señalar los traumas y problemas que puede acarrear en los niños/as la separación de sus padres. MARIE FRANCE MERLYN (2017) asegura que, en los casos de divorcios o separaciones de la pareja, se rompe la estabilidad del niño y se convierte en un territorio inseguro y desprotegido para él, y es esto precisamente lo que pocos padres o pocas parejas logran asimilar al momento de una ruptura. La estabilidad del niño o niña debería ser una de las consideraciones más importantes, por no decir la más importante, al momento de producirse la separación, pues podría llegarse a generar lo que BOWLBY denomina la figura del *apego ansioso*⁶⁷ o *apego desorientado*⁶⁸ en los niños, desarrollando infantes inseguros o incapaces de demostrar conductas que pudieran catalogarse como apego. Se debe procurar generar la menor cantidad de cambios posibles en la vida del infante, por ejemplo, que el niño se quede viviendo en la misma casa, que no se lo cambie de escuela y que traten de mantenerse los mismos hábitos y horarios que se habían venido llevando hasta antes de la separación de sus padres. Es por esto que se vuelve relevante el ejercicio del cuidado compartido de los hijos, que fomenta la coparentalidad y que permite que los niños sean cuidados por padre y madre, aunque no exista convivencia con ambos.

⁶⁷ **Apego ansioso:** La figura del afecto del bebé solo ofrece apego y disponibilidad física y emocional de forma intermitente. Es decir, que no está siempre disponible. Esta situación crea temor y ansiedad. Las habilidades emocionales del pequeño se desarrollan de forma inconsistente. Se forma un gran deseo de intimidad, pero va acompañado de inseguridad (GONZÁLEZ, 2016).

⁶⁸ **Apego desorientado:** En este caso el cuidador ofrece respuestas desproporcionadas a las necesidades del niño. En su desesperación, puede entrar en procesos disociativos. La conducta del adulto es muy desorientadora para el bebé, generando también una gran ansiedad e inseguridad (GONZÁLEZ, 2016).

Sin embargo, en la actualidad, pocas son las legislaciones que tratan en realidad de incorporar el ciclo de vida de un hijo con el ciclo laboral de sus progenitores, tomando en consideración el gran número de mujeres que ya se encuentran inmersas en el mundo laboral. La mayoría de legislaciones solo se centran en proteger al niño lactante, pero conforme los niños y niñas van creciendo, los vacíos aumentan, pues el tiempo de cuidado reconocido y pagado es solo para el nacimiento. Esto quiere decir que las múltiples necesidades del cuidado en la primera infancia no han tenido suficiente traducción legal y práctica (UNICEF, 2011:7). Por lo tanto, se continúa acentuando el hecho de que los cuidados que necesitan los niños deban ajustarse a las jornadas laborales, sobretodo de la madre, quien aún es la persona a quien, por prejuicio, se le atribuye tácitamente el cuidado de los hijos.

Un sector del feminismo, que asegura que la creencia generalizada que sostiene que las mujeres están mejor dotadas para llevar adelante el cuidado de niños y niñas no tiene evidencias, y que solo es fruto de una construcción social, basada en las prácticas patriarcales hegemónicas (RODRÍGUEZ, 2005:7), pone en evidencia la necesidad de erradicar el sexismo y eliminar la opresión a las mujeres, luchando precisamente por la participación equitativa de los hombres en la vida familiar cuando sea beneficioso para los niños y para el núcleo familiar en general (EHRENSAFT & MANSOUR, 1992:118). Es claro que, así como la mayor inserción de las mujeres en el campo laboral no logró modificar las expectativas respecto a sus responsabilidades domésticas, tampoco disminuyó las expectativas de que los hombres sean proveedores del hogar. Entonces, si se quiere lograr que los hombres pasen de “ayudar en las tareas del hogar” a “ser responsables por dichas tareas”, entonces también se debe considerar que cuando ambos progenitores están insertos en el mercado laboral, no significa que el hombre esta “sosteniendo” el hogar y/o los hijos, y la mujer solo “colabora” en esa tarea (RODRÍGUEZ, 2005:8).

En fin, más allá de los notables cambios tanto culturales como a nivel normativo que se necesitan realizar en nuestra sociedad, cabe la pena señalar que por todos los argumentos esgrimidos en este subcapítulo, los cuidados tanto del padre como de la madre hacia sus hijos llegan a tener una suerte de indisolubilidad, tal como lo manifiesta la doctora MARÍA SARA RODRÍGUEZ, quien sostiene que:

“Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. El interés de niños, niñas y adolescentes exige también que se garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación. Sin embargo, estos deberes deben continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, graves desavenencias que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos. El Derecho debe, entonces, arbitrar técnicas que, en la medida de lo posible, garanticen a los niños, niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en estas crisis la continuidad de su crianza y educación y la estabilidad de vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez” (RODRÍGUEZ, 2009).

3.2. El derecho de cuidado de los hijos en el Derecho Internacional.

El derecho de cuidado de los hijos, si bien es cierto no se encuentra mencionado dentro de los instrumentos internacionales como un derecho específico, si se encuentra contenido como un tipo de garantía para el cumplimiento de los derechos de los niños y como parte de los deberes del Estado en lo que se refiere a la protección a la familia.

Así, la Convención de los Derechos Humanos establece que los Estados deben procurar la protección a la familia, como elemento fundamental de la sociedad, y sobre todo los Estados deben tomar las medidas adecuadas para asegurar la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges durante y después del matrimonio. Así mismo, se deben tomar las medidas necesarias para lograr una adecuada protección del bienestar de los menores de edad, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.⁶⁹

En esta misma línea, el desarrollo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los casos de custodia de menores de edad sostiene que el cuidado de los niños y niñas debe ser concedido a el o los progenitor/es “a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño” y por lo tanto “no se puede estereotipar o especular respecto de las características

⁶⁹ Art. 17 y 19. CADH

personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos tipos de familia” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS, 2012: párr.109).

Esto quiere decir que el derecho de cuidado de los hijos exige que ambos padres sean quienes estén a cargo de la crianza, pero en caso de que no se logre y por una situación justificada⁷⁰ se tenga que separar a los hijos de los padres, o de alguno de ellos, es importante que no existan sesgos ni prejuicios estereotipados acerca de quién es o no idóneo para hacerse cargo de la crianza y cuidado de los hijos sino mas bien, hacer un análisis exhaustivo para verificar las reales circunstancias en que se encuentran los padres y corroborar si ambos son aptos para hacerse cargo del niño o niño - situación ideal para el desarrollo íntegro de los menores de edad-, o si conviene otorgar a uno solo de los progenitores la custodia de los hijos, en aras de garantizar la protección de su interés superior.

Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño evidencia la existencia de este derecho de los hijos e hijas a recibir cuidados y a ser criados por ambos progenitores en varios de sus artículos. Así, el Art. 3 de este cuerpo normativo manda a los Estados a asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar de los niños y niñas, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres. De la misma manera, el Art. 8 sostiene que se debe respetar el derecho del niño a preservar las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin que el Estado realice injerencias ilícitas.

En el caso de que la separación del hijo de sus padres deba llevarse a cabo para satisfacer el interés superior del niño, sobre todo en los casos en que los padres viven o pasan a vivir separados, la CDN afirma que se deberá respetar 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”⁷¹. En ese sentido, si lo padres del niño viven en Estados diferentes, la CDN vela por el derecho que tienen los

⁷⁰ Al respecto, la Corte IDH sostiene que: “la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales” (CASO FAMILIA PACHECO TINEO VS. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2013: párr.226).

⁷¹ Art. 9 numeral 3. CDN.

niños y niñas a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos progenitores⁷².

Es el Art. 18 de esta Convención el que verdaderamente nos ayuda a evidenciar que los principales obligados a cuidar a los niños y niñas son los padres, quienes tienen obligaciones comunes en cuanto a la crianza y desarrollo del niño y que, a tal efecto, los Estados deberán prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones de crianza. Esto se reafirma con lo expuesto por el Art. 27 de dicho cuerpo normativo al manifestar que a los padres les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

El desarrollo de este contenido de la CDN la ha realizado el Comité de los Derechos del Niño, quien en su Observación General N°7 afirma que:

“La Convención exige que los niños, en particular los niños muy pequeños, sean respetados como personas por derecho propio. Los niños pequeños deben considerarse miembros activos de las familias, comunidades y sociedades, con sus propias inquietudes, intereses y puntos de vista. En el ejercicio de sus derechos, los niños pequeños tienen necesidades específicas de cuidados físicos, atención emocional y orientación cuidadosa, así como en lo que se refiere a tiempo y espacio para el juego, la exploración y el aprendizaje sociales” (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005:párr 5).

Asi mismo, esta Observación General, en relación al Art. 18 de la CDN, sostiene que “Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. (...)” (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2005: párr. 18). Por ello se insta a los Estados Partes a adoptar las medidas necesarias para lograr que los padres asuman la responsabilidad primordial de sus hijos, principalmente reduciendo trastornos y distorsiones dañinas para la atención que se presta al niño y adoptar medidas cuando el bienestar de los niños y niñas pueda correr riesgo.

⁷² Art. 10 numeral 2. CDN.

Finalmente la Convención sobre Eliminación de Toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW) sostiene que se deben tomar medidas para que se conciba a la maternidad como una función social y que se reconozca que la responsabilidad en cuanto a la educación y desarrollo de los hijos es común para hombres y mujeres, cualquiera sea su estado civil, así como también hombres y mujeres tienen los mismos derechos y responsabilidades respecto a la custodia o adopción de los hijos, primando siempre la consideración del interés de los mismos.⁷³

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, mediante su Recomendación General N° 21, afirma que los derechos y las obligaciones enunciados en la Convención deben poder imponerse conforme a la ley y que es obligación de los Estados velar porque, de acuerdo a las leyes, ambos padres compartan derechos y obligaciones respecto de los hijos, en igualdad de condiciones, sin importar su estado civil o si conviven con sus hijos (COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 1994: párr.20).

3.3. El derecho de cuidado de los hijos en el Derecho Comparado.

Varios son los países que han optado por incorporar el “cuidado compartido” en sus legislaciones, considerándolo como el modelo más adecuado para un correcto ejercicio de la corresponsabilidad parental.

Chile, mediante la Ley No. 20680, publicada el 21 de junio de 2013 incorpora a su legislación el régimen de custodia compartida. Esta ley reformó el Código Civil de esta nación, además de otras leyes relacionadas, para lograr una mayor protección del desarrollo integral de niñas y niños. El artículo 225 del Código Civil vigente determina que “si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”; además, define al cuidado personal compartido como “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los

⁷³ Art. 5 literal b. Art. 16 literales d y f. CEDAW.

hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”.

Considero que una de las mayores aportaciones que nos ofrece el Código Civil chileno vigente son los criterios y circunstancias que deben ser ponderados en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, que son:

- 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”⁷⁴

Con esto se intenta brindar mayor garantía al niño o niña de que sus derechos serán cumplidos a partir del régimen de cuidado que les brindarán ambos padres, una vez que estos se encuentren separados. Para la doctora MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN (2013), la corresponsabilidad parental en cuanto al cuidado de los hijos implica el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Sin embargo, ACUÑA sostiene que “las expresiones distribución o reparto que emplean algunas definiciones, por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar, pues en realidad si los padres se reparten las funciones y

⁷⁴ Art. 225-2. Código Civil Chileno, reformado mediante ley No. 20680 del 21 de junio de 2013.

uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional, realmente no hay corresponsabilidad en los términos de la Ley”. Es por esto que esta autora defiende el hecho de que el principio de corresponsabilidad parental es la mejor vía para garantizar el cumplimiento de los derechos de los hijos e hijas, mediante una participación activa, equitativa y permanente de los padres en la crianza de los hijos, vivan juntos o separados.

A través de las reformas introducidas mediante la Ley No. 20680 finalmente se eliminó la preferencia ciega de otorgar la custodia a la madre; además, ya no se habla de “patria potestad” sino de un régimen de “responsabilidad parental”, y ya no se habla de un “régimen de visitas” sino mas bien de “relación directa y regular entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo o hija”⁷⁵.

Sin embargo, un desatino de la Ley 20.680 es prever que el régimen de cuidado compartido solo puede ser aceptado en caso de *acuerdo* de los padres, con lo que se restringe de sobre manera el campo de acción de aquellos padres que luchan por ser partícipes de la crianza de sus hijos frente al otro progenitor que muchas veces busca obstruir los vínculos de convivencia, una vez que ocurre la separación de la pareja. Además, esta ley tampoco señala cómo se debe materializar el principio de corresponsabilidad parental, y, por tanto, el padre no custodio no tiene acción para oponerse a actos o decisiones sobre aspectos relevantes de la vida de sus hijos, como cambio de escuela o cambio de médico (LEPIN MOLINA, 2013:295).

Por su parte, la Corte Suprema de Chile ha hecho suyo el criterio de los tratadistas RODRÍGUEZ PINTO Y MARÍA SARA al considerar que un rasgo importante del cuidado compartido es el acuerdo de los padres y por ello resulta difícil aceptar que los tribunales de familia decreten estos sistemas en contra de la voluntad de uno de los padres, sosteniendo que en Norteamérica hay varios estudios que desaconsejan el cuidado compartido si no hay un alto grado de armonía y cooperación por parte de los padres. Este es el argumento que la Corte hace válido para justificar que el legislador chileno haya limitado las atribuciones al juzgador para fijar el cuidado compartido de oficio, pues los padres que llevan sus disputas

⁷⁵ Art. 229. Código Civil Chileno.

a tribunales y prefieren que el juzgador decida quien está mejor capacitado para cuidar a sus hijos, no son los padres de quien se habla en la doctrina; éstos se encuentran en un alto grado de armonía y cooperación (ZÚÑIGA CON SÁENZ, 2015).

También Argentina ha incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación la institución del cuidado personal. Sin perjuicio de que Argentina no cuente con un cuerpo normativo especializado en niñez y adolescencia, el Código Civil y Comercial define al cuidado personal como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”⁷⁶. Esta legislación establece dos tipos o modalidades de cuidado personal compartido: (i) el cuidado alternado, donde el hijo pasa períodos de tiempo con cada progenitor; y (ii) el cuidado indistinto, en donde el hijo se mantiene de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores pero ambos comparten las decisiones y las actividades propias de su cuidado⁷⁷. Se considera como preferencial al régimen de cuidado compartido indistinto y a la presentación de un plan de parentalidad que debe ser homologado en sentencia que procure la participación del hijo/a, logrando el respeto de sus derechos.

De la misma forma la obligación de los alimentos también será compartida, debiendo el progenitor que se encuentra en mejores condiciones pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares⁷⁸. Se le asignará a las tareas de cuidado personal un valor económico, como parte de la manutención de los infantes.

Estas reformas a la legislación argentina, vigentes desde el año 2015, incorporan y de cierta manera, defienden el régimen de cuidado compartido como una de las mejores formas de ejercer la corresponsabilidad parental, pues la Cámara de Apelaciones de Familia sostiene como ventajas del sistema de cuidado compartido las siguientes:

“permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva

⁷⁶ Art. 648. Código Civil y Comercial de Argentina.

⁷⁷ Art. 650. Código Civil y Comercial de Argentina.

⁷⁸ Art. 666. Código Civil y Comercial de Argentina.

a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual” (INCIDENTE DE MODIFICACIÓN DE CONVENIO, 2015).

El caso de Colombia es bastante interesante, pues legislativamente no se encuentra contemplado el régimen de custodia compartida, a pesar de la existencia del proyecto de Ley No. 249/2008, en la que ya se propuso que se observara la custodia alterna, por períodos iguales de tiempo. Sin embargo, en la realidad y basándose en la existencia del bloque de constitucionalidad que permite que los convenios internacionales formen parte del ordenamiento jurídico, se ha venido aplicando dicho régimen vía jurisprudencial, basándose en el Art. 44 de la Carta Política de la República de Colombia en donde se asigna a la sociedad, la familia y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño, para garantizar su desarrollo integral, tomando también en consideración el *cuidado y amor* como derechos fundamentales de los niños.

En un caso en particular, en que los padres venían manteniendo una situación conflictiva entre ellos, que agravaba la situación emocional para su hijo de 11 años, el Juzgado Tercero de la Familia de Colombia señaló que:

“es claro que no existen regulaciones o decisiones perfectas en lo concerniente con la custodia de los hijos después de una separación familiar y, menos aún, cuando resultan de una imposición judicial, en la que no se ve comprometido el deseo de los padres, para favorecer principalmente al hijo menor de edad. No obstante, son la práctica y las circunstancias diarias las que permitirán la conciliación de ambos padres para el ejercicio de sus funciones, que fomenten las responsabilidades coparentales para participar en el desarrollo integral de los hijos, evitando sentimientos de pérdida y desmotivación, con una mayor concientización de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos, sin cuestionar la idoneidad del otro progenitor y cooperando para la adopción de acuerdos que estimulen un modelo de vida integral para el menor de edad” (CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL, 2009).

En ese mismo fallo se hace alusión a que la custodia monoparental establece discriminación por sexo, salvaguardando los derechos del cónyuge custodio por encima de los del hijo o hija. Finalmente, la jueza decidió otorgar la custodia y el cuidado persona del hijo de manera compartida, tres meses con cada progenitor, otorgando el régimen de visitas pertinente a cada progenitor mientras el hijo se encuentra en custodia del otro.

Por su parte, en 35 Estados de los Estados Unidos de Norteamérica se ha instaurado la custodia compartida como el régimen preferente a ser aplicado. A pesar de que Estados Unidos mantenga una tradición vinculada al Common Law, distinta a la seguida por países latinoamericanos, es importante contar con el referente de la existencia de este régimen en uno de los países más grandes e influyentes.

En varios Estados, como por ejemplo el de Florida, la custodia compartida se maneja desde dos ejes: (i) la custodia legal, que es el derecho a tomar decisiones sobre el niño; y (ii) la custodia física, que es el derecho a vivir con el niño o niña. De la misma forma, varios Estados manejan ciertos factores o circunstancias que deben ser observados y ponderados al momento de otorgar la custodia, sea esta conjunta o exclusiva.

Así también, existen Estados como el de Colorado que sostienen que la custodia compartida solo puede adjudicarse si los padres presentan un plan razonable para ello, mismo que debe cumplir con varios requerimientos previamente establecidos.

Ahora bien, España, uno de los países más influyentes hoy por hoy en cuanto a cuidado compartido de los hijos, incorporó el régimen de custodia compartida a través de la Ley de Divorcio o Ley Estatal 15/2005, que reformó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de dicho país. La actual normativa española señala, en el Art. 92 del Código Civil que, en un primer momento, el régimen de custodia y guarda conjunta se otorgará cuando los padres lleguen a un acuerdo, previo escuchar la opinión de los hijos o hijas y recabar el informe del Ministerio Fiscal para determinar si los padres son idóneos para la aplicación de este tipo de régimen. Luego, en caso de no existir acuerdo entre los progenitores, el juez podrá, a petición de una de las partes, acordar la custodia compartida, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, en función de proteger el interés superior del niño.

El requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal, en caso de desacuerdo entre los padres para que se otorgue la custodia compartida, fue declarado inconstitucional mediante sentencia 185/2012, emitida por el Tribunal Constitucional en razón de las múltiples demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra de este inciso. Así, este tribunal resolvió que:

“A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional (...)” (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 8912/2006, 2012).

Más adelante, el Tribunal Supremo de España, a través de su resolución 257/2013, determinó que la custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse como normal e incluso deseable, porque permite que se haga efectivo el derecho que tienen los hijos e hijas a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y beneficie su interés superior (GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, 2013).

Posteriormente, el 19 de julio de 2013, el Consejo de Ministros de España aprobó el anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio. En este anteproyecto se norma la posibilidad de que el juez pueda otorgar la custodia compartida, aunque ninguno de los dos progenitores la haya solicitado, pero no considera a este tipo de custodia como la automática o preferente, sino que deja a criterio del tribunal determinar qué opción es la más beneficiosa para el niño o niña⁷⁹. Además, se regulan los aspectos que deberán considerarse dentro de los planes de parentalidad⁸⁰.

⁷⁹ Art. 4 del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental. Aprobado el 19 de julio de 2013. Disponible en: <http://ala.org.es/wp-content/uploads/2014/01/Anteproyecto-de-Ley-sobre-el-ejercicio-de-la-corresponsabilidad-parental-en-caso-de-nulidad-separaci%C3%B3n-y-divorcio.pdf>.

⁸⁰ Art. 1 del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental.

A pesar que el Código Civil español no otorga preferencia explícita por ningún tipo de régimen de custodia, si lo hacen las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Aragón, a través de la ley 2/2010 y de Cataluña, con la ley 25/2010. En dichas legislaciones se establece la custodia compartida como la opción preferente cuando no exista acuerdo entre los padres.

Finalmente es preciso enunciar algunos de los Estados que ya han incorporado el régimen de custodia, tenencia o cuidado compartido en sus legislaciones ya que, hoy por hoy, éste el sistema considerado como el más apto para garantizar el ejercicio efectivo de la corresponsabilidad parental. Así, Inglaterra incorporó la figura de “parental responsibility” a través de *The Guardianship of Infants Act 1925* y luego en *The Children Act 1989*, que iguala los derechos y responsabilidades de padre y madre en el cuidado de los hijos y que permite otorgar la custodia compartida a los padres incluso en caso de desacuerdo de los mismos, siempre velando por el *welfare principle* de los hijos.

En Italia (Ley de 2006), el Código Civil en su Art. 155.2 establece que el juez debe valorar prioritariamente 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 *résidence alternée* incluso si ninguno de los padres está de acuerdo (SAMARANCH & DI NELLA, 2012:123).

En América Latina, se tiene varios casos. En Bolivia, mediante la Ley No. 548, de 17 de julio de 2014, la Asamblea Legislativa sancionó el Código de la niña, niño y adolescente, en donde se establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a mantener, de forma regular y permanente, relaciones con su padre y madre, aun cuando exista separación entre ellos⁸¹.

Perú reformó dos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, a través de la Ley N° 29269, publicada el 16 de octubre de 2008, en donde se incorpora el régimen de custodia compartida en caso de acuerdo, falta de acuerdo o incluso si el acuerdo es perjudicial para el hijo, analizando ciertos factores y considerando que se priorizará el otorgamiento de la

⁸¹ Art. 40 del Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia. Ley N° 548. Promulgado el 17 de julio de 2014.

tenencia o custodia al progenitor que mejor garantice el derecho del niño o niña a mantener contacto con el otro progenitor. Sin embargo, es importante notar que cada caso debe ser analizado individualmente.

Brasil incorporó la figura de la custodia compartida en 2008, mediante la ley promulgada por el entonces presidente Luiz Ignacio Lula Da Silva. Pero en el año 2014, la presidenta Dilma Russeff sancionó la Ley N° 13.058 que modificó el Código Civil y que estableció la figura de la custodia compartida como la norma a ser aplicada, inclusive cuando pesen desacuerdos o conflictos de pareja, norma que solo podrá ser descartada en casos excepcionales, a criterio del juzgador de familia. Hay que notar también que Brasil cuenta con la Ley N° 12.318/10, ley en contra de la Alienación Parental, siendo éste uno de los pocos países que ha regulado y le ha dado la importancia que se merece a este tipo de trastorno psicológico que puede estar presente en niñas y niños, sobre todo en los casos de disputa por la custodia de estos.

3.4. El derecho de cuidado de los hijos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Dentro de la normativa ecuatoriana se puede encontrar varios momentos en los que emerge el derecho de cuidado de los hijos e hijas. Al respecto, se analizará las manifestaciones de dicho derecho dentro de la Carta Magna, así como también dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, cuerpo legislativo especial en la materia, haciendo también alusión a las disposiciones que fueron planteadas en el Proyecto del Código del Ciclo de Vida.

3.4.1. El derecho de cuidado en la Constitución de la República del Ecuador

El constituyente de Montecristi estableció varias circunstancias en las cuales se hace alusión al derecho de cuidado de los hijos. Así para empezar, el Art. 45 de la Carta Magna, que determina los derechos propios de la niñez y adolescencia, manifiesta que:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, **incluido el cuidado y protección desde la concepción** (...) (el énfasis es propio).

En este sentido, el Art. 46 del mismo cuerpo normativo, al establecer las medidas que adoptará el Estado para hacer efectivos los derechos de niñas, niños y adolescentes, sostiene como primera medida “la atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y **cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos**”⁸².

Desde esta perspectiva y analizando el espíritu de las normas mencionadas se puede contemplar que el constituyente en el año 2008 introdujo el cuidado de niñas y niños como una *garantía* del Estado para lograr el cumplimiento del resto de derechos atribuidos a la niñez, pues es el mismo Estado quien se obliga a prestar especial atención al cuidado diario de los niños y niñas, priorizando la protección integral de los derechos de los mismos. Sin embargo, esto no obsta a que sea la misma Constitución quien determine que tanto el padre como la madre son los principales sujetos llamados a prestar el cuidado y atención que requieren los niños y niñas.

De esta manera, el Art. 69 numeral 1 de la Carta Magna sostiene que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia “se promoverá la maternidad y paternidad responsables; **la madre y el padre estarán obligados al cuidado**, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo” (énfasis propio). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, intérprete auténtico del contenido de la Constitución de la República, quien al hablar sobre los niños y niñas como un grupo de atención prioritaria asevera que:

Se les reconoce el derecho que tienen a tener una familia, **mismo que se traduce estar bajo el cuidado prioritariamente del padre y la madre en una convivencia familiar**, y el derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. De esta forma, este derecho “incluye prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego,

⁸² Art. 46 numeral 1. CRE.

acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos (...)" (énfasis propio) (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, 2015:17).

En este fallo se observa que la Corte Constitucional trata de equiparar al derecho de cuidado de los hijos con el derecho a tener una familia y usa los presupuestos establecidos en el CoNA sobre el derecho a una vida digna⁸³ para intentar dotar de contenido al derecho de cuidado. A mi parecer el derecho de cuidado y el derecho a tener una familia se encuentran íntimamente relacionados, pero no significa que sean equitativos o que su contenido sea el mismo, como se verá más adelante.

Por otro lado, la Constitución del 2008 obliga al Estado a cumplir y proteger de forma integral los derechos de la niñez y en ese sentido el Art. 69 antes citado, en su numeral quinto, determina que el Estado “**promoverá la corresponsabilidad materna y paterna** y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (énfasis propio). Esto tiene relación directa con lo establecido en el Art. 83 numeral 16 de la Carta Magna, cuando al disponer las responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas manifiesta que es deber el “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” (énfasis propio).

Lo anterior ratifica lo que se dijo en párrafos precedentes acerca de que padre y madre, en igual proporción, son los llamados en primer lugar a brindar el cuidado y satisfacer las necesidades de sus hijos e hijas, mismos que debería armonizarse con su vida laboral pues en la actualidad se puede decir que, de forma general, tanto el padre como la madre realizan actividades productivas para el beneficio de la familia. Así, el Art. 333 de la Constitución manifiesta la obligación del Estado de “**promover un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano**, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil” (énfasis propio).

⁸³ Art. 26. CoNA.

Si bien es cierto han existido mejoras en cuanto a la legislación laboral, para permitir una mayor compatibilidad entre las obligaciones de trabajo y las obligaciones de cuidado de ambos progenitores, como es por ejemplo la extensión de los días de permiso por paternidad remunerados, no es menos cierto que, como ya se expresó en el subcapítulo anterior, este intento de armonizar la vida laboral y los cuidados de los hijos solamente ampara a los niños recién nacidos, extendiéndose tal vez hasta el primer año de edad de los mismos, pero no existe un régimen adecuado que permita a los padres estar más presentes en la vida de los hijos conforme estos van avanzando en su desarrollo.

3.4.2. Derechos de los niños y niñas vinculados al derecho de cuidado de los hijos.

Como ya se mencionó anteriormente, e incluso desde el análisis del criterio de la Corte Constitucional, se puede observar que el derecho de cuidado está íntimamente vinculado con varios otros derechos de los niños y niñas.

De esta forma, el derecho de cuidado está presente desde el derecho más importante ypreciado para un ser humano, como es el derecho a la vida. Ya se observó que la Constitución de la República establece que el Estado garantizará la vida y cuidado de los niños/as desde la concepción⁸⁴; lo propio lo determina el Art. 20 del CoNA, pues considera como obligación del Estado, la sociedad y la familia el asegurar por todos los medios la supervivencia y desarrollo de los niños y niñas, objetivos que solo pueden ser alcanzados a través del cuidado que se otorgue a los infantes.

Derivado directamente del derecho a la vida se puede analizar el derecho a la vida digna, consagrado en el Art. 26 del CoNA. El contenido de este derecho es bastante interesante pues ilustra varios de los aspectos y necesidades de la vida del niño o niña que podrían, en un primer momento, perfilarse como el *contenido base del cuidado* al que tienen derecho los niños y niñas. Estos aspectos son: “una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos”⁸⁵.

⁸⁴ Art. 45. CRE.

⁸⁵ Art. 26. CoNA.

Desglosando este derecho surgen varios otros como: el derecho a la salud⁸⁶ y a un medio ambiente sano⁸⁷ (contenidos dentro de los Derechos de Supervivencia⁸⁸), y derechos relacionados con el desarrollo como son el derecho a la educación⁸⁹, derecho a la identidad⁹⁰, derecho a la recreación y al descanso⁹¹.

En cada uno de los derechos mencionados el cuidado es la base que permite hacer efectivos dichos derechos, pues si no se brindan los cuidados necesarios a los niñas y niños, tomando en consideración el nivel o etapa de desarrollo en la que se encuentran, no se podrá garantizar que se haya brindado la atención de salud necesaria, o que se le esté brindando un ambiente sano para su desarrollo, o que tenga el nivel de educación que requiere de acuerdo a su edad y el nivel de horas de juego y descanso que también forman parte de sus necesidades para alcanzar un desarrollo integral.

Especial atención merece el derecho a la identidad de los niños y niñas, sobre todo en el caso de padres separados. El Art. 33 del CoNA manifiesta que derecho a la identidad no es solo el derecho a un nombre o una nacionalidad sino también a las relaciones de familia que el niño desarrolla. En este sentido, los cuidados que se les debe otorgar a los hijos de padres separados necesitan de una especial reflexión pues se debe precautelar el bienestar del niño al procurar vincularlo tanto con su madre y su familia materna, como con su padre y su familia paterna, sin intentar *alienar* a los hijos contra un progenitor o contra el otro. DE esta forma, el Proyecto del Código del Ciclo de Vida regulaba la relación con la familia al conminar a los progenitores y personas encargadas de cuidado de los hijos a “asegurar el ejercicio efectivo de su derecho por desarrollar y mantener la relación personal, afectiva,

⁸⁶ Art. 27. CoNA.

⁸⁷ Art. 32. CoNA.

⁸⁸ Capítulo II. Título III. Libro I del Código de la Niñez y Adolescencia.

⁸⁹ Art. 37. CoNA.

⁹⁰ Art. 33. CoNA.

⁹¹ Art. 48. CoNA.

directa y regular con el padre o la madre que no tenga la tenencia, así como con otras personas, que se encuentren relacionadas afectivamente con el niño, niña o adolescente”⁹²

Todos los derechos mencionados, así como el derecho de cuidado en sí, tienen como sujetos obligados, en primer lugar, a los padres sin importar el estado civil que éstos tengan. Así lo determina el Art. 21 del CoNA que sostiene que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, **a ser cuidados por ellos** y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías”. Como se observa, este artículo categoriza el derecho que tienen los hijos a ser cuidados por sus progenitores y, a través de los cuidados que éstos brinden, puedan alcanzar el cumplimiento del resto sus derechos⁹³, tal como lo menciona el Art. 100 del CoNA que sostiene que tanto el padre como la madre “tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento de hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”.

Sin embargo, existen otro tipo de derechos de los niños y niñas que se hacen efectivos a través de *prevenciones*, que se encuadran también dentro de los cuidados que los padres principalmente, pero también el resto de personas encargadas del cuidado de los infantes, deben dedicar a los mismos. Estos son los denominados Derechos de Protección, contenidos en el Capítulo IV, Título III, Libro I del Código de la Niñez y Adolescencia, de los cuales primordialmente se encuentran vinculados al cuidado: el derecho a la integridad personal, entendida ésta a nivel físico, psicológico, cultural, afectivo y sexual⁹⁴; y el derecho a la

⁹² Art. 40. Proyecto del Código Orgánico del Ciclo de Vida, presentado a la Asamblea Nacional el 17 de marzo de 2016 cuya calificación fue negada por el Consejo de Administración Legislativa el 31 de marzo de 2016; disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnam-euid-29/Leyes%202013-2017/218-ley-ciclo-vida-zgudi%C3%B1o-17-03-2016/PP-C%C3%B3digo-Ciclo-Vida-zgudino-17-03-2016.pdf>.

⁹³ Este criterio se encuentra justificado a partir de artículos como el 29 y 39 del CoNA donde se establece claramente la obligación de los progenitores de brindar a los niños y niñas la atención que esté a su alcance, así como la obligación de los progenitores de participar activamente en el desarrollo educativo de sus hijos y demás obligaciones vinculadas con la educación de los infantes.

⁹⁴ Art. 50. CoNA.

libertad personal, dignidad, reputación y honor⁹⁵. Básicamente, la garantía principal de este tipo de derechos radica en *evitar los maltratos y abusos* de toda índole que puedan cometerse en contra de los niños y niñas.

Los artículos 67 al 78 del CoNA. contemplan varios escenarios en que tienen lugar los mencionados abusos: maltrato físico, psicológico, sexual; abuso sexual; explotación sexual; tráfico de niños; pérdida de niños y también los casos en que se atenta contra la integridad del niño o niña al exponerlo al consumo de alcohol o sustancias psicotrópicas, ante el uso de armas o explosivos, inducción en juegos de azar, entre otros.

La función del derecho de cuidado en este tipo de escenarios es precisamente el prevenir que ocurran estas situaciones en la vida de los infantes, procurándoles la atención y el tiempo que demanda la crianza de los hijos e hijas para poder atisbar cualquier tipo de indicio de maltrato o abuso que esté sufriendo o pueda llegar a sufrir el infante y frenarlo o evitarlo a tiempo, respectivamente. Para coadyuvar en esta labor, el Código de la Niñez y Adolescencia ha establecido las denominadas Medidas de Protección⁹⁶, cuyo principal objetivo es precisamente prevenir o frenar los daños, tanto físicos como psicológicos o emocionales, que pueden estar afectando a niños o niñas. El problema es que muchas veces el uso arbitrario de estas medidas puede desencadenar el efecto contrario, pues hay casos en que padres o madres buscan accionar medidas de protección para el alejamiento del otro progenitor con el único fin de causarle daño a este último, inclusive a modo de venganza por los problemas de pareja suscitados, convirtiéndose en obstrutores del vínculo paterno filial entre el progenitor alejado y su hijo o hija.

En fin, se puede concluir que el derecho de cuidado incluye tanto *acciones efectivas* como *acciones preventivas*, cuyo principal objetivo es hacer cumplir los demás derechos consagrados en las diferentes normas nacionales, así como también en los tratados internacionales correspondientes a la materia, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad. Sin la aplicación del derecho de cuidado, los niños y niñas no podrían de ninguna manera alcanzar el tan anhelado *desarrollo integral*.

⁹⁵ Art. 51. CoNA.

⁹⁶ Las medidas de protección se encuentran desarrolladas en el Art. 217 del CoNA, así como en el Art. 79 del mismo cuerpo normativo.

3.4.3. El derecho de cuidado de los hijos: ¿un derecho medio-dependiente o un derecho fin-independiente?

Dentro de todo el análisis que se ha realizado acerca del derecho de cuidado queda solamente una cuestión por resolver y es la *naturaleza* de este. De un lado, se podría considerar al derecho de cuidado como el derecho *medio o el eje transversal* cuya presencia es necesaria dentro del contenido del resto de derechos de los niños y niñas, para lograr su ejecución de manera exitosa. Pero, por otro lado, también se podría contemplar la posibilidad de que el derecho de cuidado resulte en un derecho *autónomo*, dotado de contenido propio, que sea el *fin* a ser alcanzado a través de la ejecución de todos los demás derechos de la niñez.

Para resolver este dilema se analizará, en primer lugar, las características que debe tener un derecho para ser considerado como un derecho autónomo verdadero. RICCARDO GUASTINI explica, para empezar, que un **derecho subjetivo** es una pretensión atribuida a uno o varios sujetos frente a otro u otros sujetos a los que se les impone una obligación correlativa, que se configura a través de una norma. Por lo tanto, el contenido de un derecho subjetivo no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto (GUASTINI, 2001: 214-215).

Partiendo de estas características, GUASTINI asegura que un derecho es **verdadero** cuando satisface conjuntamente tres condiciones: (i) ser susceptible de tutela jurisdiccional; (ii) ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado, y (iii) que su contenido consista en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. A su vez, la tutela jurisdiccional de un derecho presupone que el derecho en cuestión posea un contenido preciso y pueda ser ejercitado frente a un sujeto determinado también de forma precisa (GUASTINI, 2001:221).

Aplicando las características proporcionadas por GUASTINI al derecho de cuidado de los hijos, se tiene lo siguiente:

- 1) **Titular del derecho:** Hijas o hijos.

- 2) **Sujetos obligados:** Padre y madre, en primer lugar. Abuelos y tíos paternos y maternos son los obligados subsidiarios. En casos especiales, los centros de acogida u otros parientes serán los llamados a cumplir con el derecho de cuidado.
- 3) **Contenido del derecho:** El derecho de cuidado comprenderá la interacción de padres, madres e hijos/as en las actividades y labores de alimentación, juego y recreación, garantizando el acceso a servicios de salud, educación, vestimenta y vivienda, en donde los padres brindarán un ambiente afectivo, seguro y estable para sus hijos e hijas. Comprende también la relación de comunicación entre padres e hijos y el derecho a la movilidad de los niños/as de su hogar al centro de estudios, a realizar actividades extracurriculares y a los lugares de recreación. A esto se le añade las acciones preventivas que deberán realizar los padres para evitar o frenar maltratos, abusos o cualquier otra forma de daño físico, psicológico o emocional que puedan sufrir o llegar a sufrir los niños/as. Cada una de estas necesidades, tanto físicas como afectivas, serán satisfechas en función de la etapa del desarrollo en que se encuentre el hijo o hija.
- 4) **Formas de hacer efectivo el derecho (tutela jurisdiccional):** Se puede considerar a las Medidas de Protección como formas de hacer efectivo el derecho de cuidado, además de los acuerdos a los que pueden llegar padre y madre en cuanto a pautas de convivencia, sobre todo cuando viven separados, sin que se afecte la libertad y normal desarrollo del niño o niña.

Si bien se ha podido establecer los cuatro aspectos necesarios para la configuración del derecho de cuidado de los hijos, uno de ellos no es preciso y eso afecta a la constitución de éste derecho como autónomo.

El contenido que se le puede dar al derecho de cuidado, como se puede observar, carece de esencia propia, es decir, dicho contenido necesita de la presencia de otro tipo de derechos para poder desarrollarse. Así, vemos que el derecho de cuidado de los hijos se encuentra presente y se desarrolla a partir de la existencia del derecho de alimentos, derecho a la educación, a la salud, a un medio ambiente sano, al juego y la recreación, a una vida digna, a la integridad y libertad personal y a la protección contra todo tipo de maltrato y abusos de niñas y niños.

Cabe señalar que, aparte de los derechos mencionados, el derecho de cuidado también se configura a partir de los cuidados emocionales y afectivos que los hijos deben recibir de sus padres y madres, pero siempre éstos tendrán relación con el desarrollo de otro tipo de derechos, no como un accionar propio del derecho de cuidado.

Como lo estableció GUASTINI, al no existir un contenido preciso del derecho, tampoco se puede hablar de una efectiva tutela jurisdiccional del mismo. Las Medidas de Protección mencionadas y los acuerdos a los que podrían llegar los padres sobre pautas de convivencia son aplicados para hacer efectivos los demás derechos, por ejemplo, la concesión de boletas de auxilio o las órdenes de alejamiento del agresor del hijo o hija son medidas previstas por el legislador para hacer efectivos los derechos de protección de niños y niñas. Así mismo, los acuerdos a los que pueden llegar los padres en cuanto al colegio al que asistirán los hijos, o el centro de salud al que acudirán en caso de enfermedades de los niños, o el inicio de una actividad extracurricular, son decisiones tomadas en función de hacer efectivo el derecho que tienen los niños a la educación, a la salud y a la recreación y juego, respectivamente.

Del análisis se desprende entonces que, si bien se puede dotar de cierto contenido al derecho de cuidado de los hijos, dicho contenido no es propio y depende de la existencia y desarrollo de otro grupo de derechos para poder existir. Esto hace que, por lo tanto, este derecho no sea susceptible, de forma directa, de tutela jurisdiccional por parte del sistema jurídico. Por ello, se puede concluir que el derecho de cuidado de los hijos no cumple con dos de las cuatro condiciones necesarias para la existencia de un derecho autónomo verdadero y, en consecuencia, no puede ser considerado como tal.

Sin embargo, a partir del análisis también se ha podido demostrar que el grupo de derechos mencionados, como el derecho a la educación, a la salud, a un medio ambiente sano, al juego y la recreación, a una vida digna, a la integridad personal y los derechos de protección de los niños y niñas, necesitan de la presencia del derecho de cuidado para poder ser verdaderamente efectivos. Como ya se expresó en líneas anteriores, sin la aplicación del derecho de cuidado, los niños y niñas no podrían de ninguna manera alcanzar su *desarrollo integral*.

Es por esto que he llegado a la conclusión de que, si bien es cierto, el derecho de cuidado puede ser dotado de cierto contenido, ello no significa que por esto pueda llegar a ser autónomo. Mas bien, el derecho de cuidado es el *eje transversal* que está presente y depende del desarrollo del resto de derechos de niñas y niños, para que su realización sea efectiva y acorde con las necesidades de los infantes.

3.4.4. Regulación vigente en Ecuador y proyecto de reforma de ley.

El Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, presentado por el Ex Presidente de la República, Rafael Correa Delgado el pasado 18 de mayo, plantea la modificación del Libro Segundo del Código de Niñez y Adolescencia. Las reformas propuestas versan sobre tres temas principalmente: (i) derecho de alimentos, (ii) régimen de visitas, y (iii) regímenes de tenencia.

En el siguiente cuadro se analizará algunas de las reformas propuestas por el mencionado Proyecto, que son aquellas que tienen mayor vinculación con el derecho de cuidado de los hijos, en comparación con la legislación actual. Posteriormente se realizará algunas puntualizaciones respecto a ciertos temas de interés y que son controvertidos, tanto en la legislación actual como en las reformas planteadas.

ASUNTO	LEGISLACIÓN ACTUAL	REFORMA PLANTEADA	OBSERVACIONES
I. <u>ALIMENTOS</u>	Se considera solo el ingreso del progenitor no custodio (alimentante), el número de hijos de éste y las edades de los hijos, y ubicarlo en un nivel de la Tabla de Pensiones Alimenticias.	Se considera aplicar la Tabla de Pensiones alimenticias a ambos progenitores de manera proporcional, según los ingresos de los alimentantes, las necesidades del alimentario, el tiempo de cuidado con el hijo/a y el número de hijos/as de cada progenitor.	- Con la reforma se da valor al cuidado que prestan los progenitores a sus hijos (economía de cuidado). - Se aplica el principio de corresponsabilidad parental para el reparto de obligaciones. - Se sigue aplicando una Tabla de Pensiones Alimenticias rígida, sin establecer techo en los montos. - No se determina cómo se distribuirá los alimentos en
i. Rubros contemplados para calcular el monto de la pensión de alimentos	(Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, 2016. Acuerdo Ministerial 132-2016 del Ministerio de	(Art. 147.1. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA)	

	<i>Inclusión Económica y Social)</i>		caso de tenencia compartida.
ii. Rendición de cuentas del uso de la pensión alimenticia	No existe un sistema establecido en la legislación de Niñez y Adolescencia que permita corroborar que la pensión de alimentos está siendo utilizada exclusivamente para cubrir las necesidades de los hijos/as, con un efecto propio para este tipo de administración de bienes.	Se incorpora la figura de rendición de cuentas, mediante la cual el obligado a prestar alimentos puede exigir de la persona que los administre, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados a favor del alimentario. (Art. 146. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA)	- La reforma permite, de cierta forma, asegurar que la pensión de alimentos se está utilizando para la efectiva satisfacción de las necesidades materiales de los hijos/as. - No se determinan los efectos derivados de la aplicación de esta figura. - Los efectos que debería tener la rendición de cuentas son: (i) disminución de pensión para el alimentante, en caso de verificarse la mala utilización de la pensión; y (ii) posible reversión de la tenencia, en casos de reincidencia en el desvío del uso de este rubro.
iii. Apremio Personal como medida de coerción para el pago de pensiones alimenticias	En la legislación, esta figura se encuentra regulada en el Art. 137 del COGEP, estableciendo que el juzgador dispondrá el apremio personal del alimentante que adeude dos o más pensiones, a petición de parte. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad sustitutiva de dicho artículo, permitiendo que ahora exista una audiencia con el alimentante para poder analizar su situación económica	Se propone modificar el actual Art. 137 del COGEP para adaptarlo a la sentencia emitida por la Corte Constitucional (<i>Sentencia 012-17-SIN-CC</i>) y que estos cambios se contemplen legalmente; esto es, que se realice una audiencia con el alimentante deudor para analizar su situación económica y verificar si los retrasos en los pagos son fruto de la negligencia, o si en cambio son consecuencia de no poseer estabilidad laboral u otras causas que le impiden	- La reforma permite al alimentante establecer fórmulas de pago sin tener necesariamente que ir detenido, permitiéndole mantener su estabilidad laboral para generar los ingresos necesarios y cubrir los montos adeudados por pensiones alimenticias. Esto permitirá que el alimentante pueda visitar y convivir con sus hijos, satisfaciendo sus necesidades afectivas, mientras se pone al día en el pago de pensiones.

	previo a establecer la medida de apremio, además de regular tres modalidades: apremio personal total, apremio personal parcial y dispositivo electrónico. <i>(Corte Constitucional. Sentencia 012-17-SIN-CC, Casos No. 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, ACUMULADOS, del 10 de mayo de 2017)</i>	ponerse al día en el pago de pensiones alimenticias. En este segundo escenario, el juez puede celebrar acuerdos de pago u optar por el régimen de apremio parcial o dispositivo electrónico. <i>(Disposición Reformatoria Segunda, numeral dos, Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia).</i>	
II. TENENCIA	Se contempla solamente la existencia del régimen de tenencia uniparental, una vez que los padres se separan, salvo el caso de acuerdo entre progenitores o cuando ambos se encuentren inhabilitados para ejercer la patria potestad, en cuyo caso se nombrará un tutor. <i>(Art. 106 CoNA)</i>	Se plantea la introducción de dos regímenes de tenencia adicionales al de uniparentalidad ya existente, que son: - Tenencia Compartida - Tenencia otorgada a un familiar <i>(Art. 119. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA)</i>	- Introducir la tenencia compartida es un avance hacia el reconocimiento efectivo del principio de coparentalidad, ejercida a través de la corresponsabilidad parental.
i. Regímenes de tenencia			
ii. Mediación	Existe la etapa de conciliación dentro de la fase preliminar de las audiencias únicas en estos procesos. Inclusive dicha conciliación podría darse en la fase de juicio o en cualquier estado del proceso. <i>(Art. 233,234, 333 del COGEP)</i>	Se establece que, de no haber acuerdo entre los padres sobre la tenencia o dicho acuerdo no fuese aprobado por el juez, el juzgador puede derivar la causa a mediación, sin perjuicio de la conciliación a la que puedan llegar en la primera etapa de la audiencia única. <i>(Art. 120. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA)</i> Además, la Disposición General Tercera del Proyecto	- La mediación permite que los progenitores puedan alcanzar sus propios acuerdos, antes de obtener resolución del juez, de forma que los términos del convenio regulados puedan ser consensuados y no impuestos; resultando menos traumáticos para los hijos/as. - Se debería incluir el requisito de, en primer lugar, acudir a terapia psicológica, para que los padres superen sus desacuerdos personales y las decisiones en cuanto a tenencia sean tomadas en

		establece que la mediación será aplicable en todas las materias, siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia.	virtud del bienestar del hijo/a y no por venganzas o intereses personales de los padres.
iii. Custodia (tenencia) compartida	No existe regulación sobre esta figura. Se podría aplicar este régimen solo por acuerdo de los padres. (Art. 106 numeral 1. CoNA)	Se implementa la tenencia compartida, considerándose éste como el régimen preferencial a ser aplicado por los jueces. (La preferencia se deriva de la exposición de motivos del Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA, pág. 4)	- No debe existir preferencias en los regímenes de tenencia, pues cada caso debe ser analizado por separado. - La reforma no establece los parámetros específicos para que el juez pueda evaluar si es viable este tipo de régimen en cada caso.
iv. Obstrucción del vínculo paterno-filial	El CoNa establece que, si un progenitor obstaculiza el régimen de visitas o retiene indebidamente al hijo, se puede requerir judicialmente que lo entregue de inmediato, y si no cumple, se puede ordenar apremio personal en su contra. (Art.125 CoNA)	Se plantea que la obstrucción sistemática y reiterada del régimen de visitas y comunicación del hijo con el otro padre, puede ser causal de modificación del régimen de tenencia. (Art. 122. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA)	- Aplicar apremio personal al obstructor del vínculo no resuelve la situación; de hecho, se agrava y es traumático para los hijos/as. - Hacer causal de modificación del régimen de tenencia a la obstrucción del vínculo paterno-filial con el otro progenitor es una garantía para que se pueda reforzar el interés superior del niño y los hijos/as puedan crecer en compañía de ambos progenitores, sin que alguno se entrometa en la relación de los niños/as con el otro progenitor.
III. RÉGIMEN DE VISITAS	El CoNA denomina “Derecho a Visitas” y establece la forma de regular el “régimen de visitas” que deberá establecerse en todos los casos en que se confíe la tenencia a uno de los progenitores, para	Se denomina “Régimen de visitas y comunicación” y se determina un concepto del mismo, que enmarca el ejercicio del derecho a las relaciones familiares de los hijos e hijas con su padre o madre, cuando éstos no vivan	- Es acertado implementar un “régimen de comunicación” para que los hijos/as puedan mantener contacto con sus padres mientras no los ven. El problema es que no se plantean parámetros para su aplicación.
i. Denominación			

	que el otro pueda visitar a sus hijos/as. No existe un concepto de lo que engloba el “régimen de visitas”. (Art. 122 y 123 del CoNA)	juntos, que se hará efectivo a través del contacto personal y comunicación permanente, para asegurar el desarrollo emocional, afectivo y físico de los hijos/as. (Art. 128. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA)	- La reforma aún mantiene la errónea denominación de “régimen de visitas” cuando debería cambiar a “régimen de convivencia” o “de relación regular”, pues con este concepto se da a entender que se pretende que el progenitor no custodio también conviva con el hijo de forma sistemática y dinámica, y no solo se lo conciba como un mero visitador.
ii. Reglas para fijar el régimen de visitas	Solamente se toma en cuenta: (i) La forma en que el progenitor ha cumplido con sus obligaciones parentales. (ii) Los informes técnicos que se estimen necesarios. (Art. 123 del CoNA)	Se establece que el régimen de visitas sea determinado de manera que exista equilibrio en el tiempo compartido entre el hijo y ambos progenitores en días de semana, fines de semana, celebraciones familiares, vacaciones y días festivos. Además, se considerará: el interés superior del niño, la opinión del niño/a, edad, necesidades y cuidados específicos; y los informes biopsicosociales cuando corresponda. (Art. 129. Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA).	- En la reforma se toma en consideración las necesidades tanto afectivas como emocionales de los hijos/as, tratando de lograr un mayor equilibrio para que el niño/a pueda crecer en compañía de madre y padre, garantizando que se cumpla la corresponsabilidad parental en cuanto a cuidados.
iii. Información y decisiones sobre la vida de los hijos e hijas	La actual legislación no hace mención sobre involucrar al padre no custodio en las decisiones relevantes de la vida de sus hijos ni mantenerlos informados sobre la situación de los mismos.	La reforma no plantea el hecho de que se deba mantener informado al progenitor no custodio sobre la situación de la vida de sus hijos o sobre decisiones trascendentales en ese mismo sentido. Solamente se hace mención al deber de informar al padre no custodio sobre el cambio de residencia.	- Se debería establecer vía legal que se debe mantener informado al progenitor no custodio sobre la situación de sus hijos, sobre todo en cuanto a educación y salud. También involucrarlos en las decisiones importantes que atañen a sus hijos/as, como cambio de colegio o de médico de cabecera; mas no es necesario aplicar lo dicho en decisiones cotidianas o urgentes.

		(Art. 123. Proyecto de Ley Reformativa al CoNA).	
--	--	--	--

Pienso que es importante enfatizar en un tema específico de los analizados en el cuadro anterior, por su trascendencia y vinculación con el derecho de cuidado de los hijos. La custodia compartida, como ya se estudió, es una figura que pretende ser incorporada a partir del Proyecto de Reformas al CoNA que se encuentra actualmente en debate en la Asamblea Nacional.

Ya se habló en apartados anteriores sobre los beneficios de la aplicación de este tipo de régimen de tenencia, tomando en consideración que éste es el régimen ideal para hacer efectivo el derecho que tienen los hijos/as a ser cuidados por padre y madre en igual proporción. Sin embargo, no se ha establecido parámetros específicos para analizar la viabilidad de este tipo de sistema en un determinado caso.

En este sentido, España ha desarrollado vía jurisprudencial ciertos criterios que considera necesarios de ser analizados al momento de otorgar la custodia compartida, mismos que se asemejan a aquellos que se encuentran en la legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Estos son:

- a) La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad.
- b) La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común.
- c) La baja conflictividad en los padres.
- d) La relación previa existente entre los padres con sus hijos.
- e) La proximidad de los domicilios de los padres
- f) La disponibilidad de los padres para mantener trato directo con sus hijos en el periodo alterno que les pudiera corresponder.
- g) Contar con medios materiales suficientes.
- h) La edad de los hijos.
- i) La voluntad de los menores.
- j) El resultado de los informes exigidos legalmente. (RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: FALTA DE MOTIVACIÓN, 2009)

La ponderación de todos estos criterios, atendiendo las circunstancias de cada caso, permitirá determinar la aplicación de la medida de custodia compartida o su no aplicación (PICONTO, 2012:67).

En este sentido, se debe considerar que motivar una resolución analizando solo uno de estos factores no es suficiente para negar la concesión de custodia compartida a los progenitores. Por ejemplo, el cambio alternado de residencia habitual de los hijos es una cuestión propia de un régimen de custodia compartida por lo que no se puede considerar la no estabilidad de los hijos debido al cambio continuo de domicilio como única razón para no dar paso a un régimen de custodia compartida (RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: FALTA DE MOTIVACIÓN, 2009).

Así mismo, el Tribunal Supremo de España considera que los roces existentes entre los padres tampoco son razón suficiente para negar un régimen de custodia compartida. Así, dicho tribunal señala que *“para la adopción del sistema de custodia compartida **no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo** que se han de suponer existentes”* (énfasis propio) (RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE MOTIVACIÓN, 2015). Continúa el análisis al declarar que *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.”* (RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE MOTIVACIÓN, 2015).

Por otro lado, considero la presentación de un Plan de Parentalidad como instrumento que permite ordenar las cuestiones principales que afectan a los hijos, en perspectiva de la separación de los progenitores y de la deseable participación continuada en la atención y educación de sus hijos (VILLAGRASA, 2012:86). Este *plan* debería ser presentado en los procesos de divorcio y tenencia, por parte de los padres que pretendan mantener la tenencia o custodia de sus hijos y debería ser aprobado por el juez; si no es aprobado, la autoridad judicial debería distribuir las responsabilidades de manera compartida, o aplicar el régimen que considere más apropiado en cada caso.

El Art. 126 del Proyecto de Ley Reformatoria al CoNA dispone que, en los casos de tenencia compartida, los progenitores *podrán* formular una propuesta para la aplicación de este régimen, que podría interpretarse como la aplicación de un Plan de Parentalidad. Sin embargo, la disposición hace optativa para los padres la presentación de dicha propuesta, cuando debería ser obligatoria. Además, no se establece los parámetros que deberán ser considerados en dicha propuesta o plan, para su aprobación.

En países como España y Argentina⁹⁷ ya se plantea legislativamente la exigencia del Plan de Parentalidad. El Art. 233.9 del Código Civil de Cataluña señala que este Plan de debe contener:

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

Por otra parte, es importante que se considere a la violencia de género como un factor importante a ser analizado al momento de otorgar la tenencia compartida.

⁹⁷ Art. 655. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

En los casos en que exista violencia de género, la custodia compartida puede llegar a ser una opción que hace invisible la violencia que las víctimas padecen, sea esta psicológica, física o emocional, y puede convertirse en una medida de presión, coacción, amenaza, en un instrumento para seguir maltratando a la mujer a través del daño a las hijas e hijos (BODELÓN, 2012: 145). Sin embargo, el determinar que un progenitor no es apto para ejercer la custodia de sus hijos por ser acusado de violencia de género, debe ser un proceso minuciosamente comprobado; que no baste solamente con la acusación del otro cónyuge, pues existen casos en que se ha privado a los niños de los cuidados de uno de sus padres, basado en falsas acusaciones de violencia de género.

Finalmente quiero recalcar que uno de los mayores problemas que tiene la aplicación del Derecho de Familia en nuestro país, especialmente en temas delicados como la tenencia de los hijos, es la falta de un sistema integral de selección y capacitación a los jueces de familia. En palabras de la jueza DRA. MARIANELLA MALDONADO (2017), los jueces de familia deberían recibir capacitación en los campos psicológico y sociológico pues los ámbitos en el que ejercen jurisdicción son mucho más delicados que en el resto de ramas del Derecho. Un avance en este sentido es el Curso de Capacitación a jueces sobre Medidas de Protección, establecido por el Consejo de la Judicatura y disponible en el Aula Virtual del mismo, mediante el cual se prevé capacitar a los jueces de familia sobre el Síndrome de Alienación Parental, pautas para determinar la existencia de este fenómeno y las consecuencias causadas en niños y niñas.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay que recalcar que no existe un sistema adecuado de selección de jueces de familia que permita identificar sesgos o prejuicios en cuanto a modelos de familia o formas de ejercer el cuidado de los hijos, lo cual provoca que muchas veces los juzgadores resuelvan en virtud de sus sesgos personales y no objetivamente, analizando cada caso en particular.

CONCLUSIONES

1. Los niños y niñas requieren de cuidados especiales, mismos que deben ser brindados, en primer lugar, por su padre y madre. En este sentido, el ejercicio de la patria potestad, mejor llamada “potestad parental” estará a cargo de ambos progenitores, considerando que la patria potestad se encuentra ligada más hacia las *decisiones* que ambos padres deben tomar sobre las circunstancias que afectan a sus hijos e hijas, decisiones que deberían tomarse en conjunto, para lo cual es necesario que exista una buena comunicación entre los progenitores.

Por otra parte, la custodia, también llamada “guarda” o “tenencia”, está más ligada hacia los *cuidados diarios y a la crianza* que los niños y niñas reciben por parte de sus progenitores, es decir, las tareas que deben realizar los padres para cuidar de sus hijos. Dichas tareas deben ser encomendadas al progenitor más apto, aunque el ideal siempre será que padre y madre compartan estas tareas en igual proporción.

Además, el cuidado personal de los hijos se convierte en el *derecho* que tienen los niños y niñas a ser cuidados por ambos progenitores y, de esta forma, es necesario que exista una regla, una consecuencia en caso de incumplimiento de la misma, para garantizar que los hijos e hijas gocen efectivamente de este derecho.

2. El interés superior del niño, en decisiones que tienen que ver con los cuidados que estos deben recibir de sus padres, se manifiesta a través de la *noción de continuidad* por la cual los niños y niñas tienen derecho a ser cuidados y mantener vínculos afectivos con ambos progenitores, independientemente de si estos están juntos o no. Además, la opinión del niño o niña es fundamental al momento de tomar decisiones sobre tenencia, pues es el niño o niña el afectado directo en estos procesos y su opinión es vital para garantizar que la decisión que tomen los adultos está en armonía con el interés del hijo o hija.

3. Los estereotipos de género referidos a los roles que desempeña padre y madre con respecto al cuidado de los hijos, aún se encuentran presentes en la sociedad ecuatoriana, así como dentro de la legislación vigente. Estos estereotipos impiden que se logre una igualdad material entre ambos progenitores en cuanto a las tareas que deben desarrollar para cuidar

de sus hijos, pues se sobrecarga a la madre de tareas de cuidado y al padre, de tareas de manutención.

4. Las medidas adoptadas para armonizar las obligaciones laborales con las obligaciones de cuidado de los hijos se han articulado en función de intentar adaptar el trabajo de las madres en la esfera pública con el trabajo del hogar y del cuidado de los hijos, manteniendo el estereotipo de madre cuidadora del hogar y padre proveedor de recursos.

5. El principio de corresponsabilidad parental, es decir, la responsabilidad de padre y madre en el cuidado de sus hijos, es aplicado con la finalidad de alcanzar la coparentalidad, entendida como el derecho que tienen los hijos de crecer y ser criados por ambos padres, independientemente del modelo de familia en el que los niños y niñas crezcan. En ese sentido, el progenitor custodio no debe obstruir el vínculo de su hijo con el progenitor no custodio, pues atenta con el derecho del niño no solo a crecer y convivir con ambos padres, sino también con su derecho a la identidad e inclusive, a la integridad psicológica del infante.

6. Los cuidados que el niño o niña necesita recibir por parte de sus progenitores involucra la satisfacción de sus necesidades materiales, pero también las afectivas y emocionales, además de la prevención de daños que puedan llegar a sufrir. El crecer y convivir con madre y padre permite que el infante genere un sentido de identidad, pertenencia y estabilidad, puesto que es durante la etapa de la niñez en donde la persona forja los rasgos esenciales de su personalidad, pero también es la etapa de mayor vulnerabilidad emocional ante sucesos como la separación de los padres.

7. Tanto los instrumentos internacionales como el Derecho Comparado, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, contemplan el derecho de los niños y niñas a crecer y ser cuidados, en primer lugar, por su padre y madre, y la obligación del Estado de prestar las facilidades para que este postulado se cumpla. En dichos sistemas jurídicos, se considera que el reparto equitativo de responsabilidades entre ambos progenitores logra una igualdad entre ellos, y permite que los hijos e hijas gocen de la presencia de sus padres, de forma organizada, a través de la introducción de la figura de la custodia o tenencia compartida, como mayor exponente del ejercicio efectivo de corresponsabilidad parental.

8. En el sistema jurídico ecuatoriano, el derecho de cuidado se concibe también como una garantía que otorga el Estado a los ciudadanos para hacer efectivo el resto de los derechos de los niños y niñas, cuyos obligados principales son el padre y la madre. De esta forma, del análisis realizado a la naturaleza del derecho de cuidado se desprende que éste no es un derecho autónomo, pues no se encuentra dotado de contenido específico e independiente, sino más bien, depende de la realización de los demás derechos de la niñez, que engloban también cuidados emocionales, para existir; pero a la vez, los derechos de los niños y niñas necesitan del derecho de cuidado para su efectiva realización.

9. La legislación de niñez vigente no se encuentra en armonía con el principio de coparentalidad y, por ende, tampoco con la corresponsabilidad parental. El Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia pretende introducir ciertos cambios que garantizarán una mejor aplicación de las responsabilidades parentales compartidas, tanto a nivel de recursos económicos como de convivencia con los hijos e hijas, siendo uno de los mayores aciertos la implementación del régimen de tenencia compartida.

10. El nivel de capacitación que reciben los jueces de familia, sobre todo para resolver casos de tenencia, es todavía incipiente y necesita de mayor atención, caso contrario se seguirán tomando decisiones en pro de los intereses de padre y madre y no considerando la opinión del niño ni lo que más beneficie a su interés superior.

RECOMENDACIONES

1. Se debería cambiar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano los conceptos de “patria potestad” por “potestad parental” o “responsabilidad parental”, para lograr un lenguaje inclusivo y adaptado a la realidad social actual. Así mismo, el concepto “tenencia” debería ser reemplazado por “custodia”, en aplicación de la doctrina de la protección integral y la consideración de los niños y niñas como sujetos de derechos. Finalmente, el concepto “régimen de visitas” también se debería reemplazar por “régimen de convivencia regular y comunicación”, para eliminar la idea de que el progenitor no custodio es un mero visitador o recreador del hijo y no una persona obligada a convivir con él.
2. Se debe analizar el interés superior del niño en cada caso, sobre todo en los asuntos de tenencia. Si bien es cierto el régimen de custodia compartida es el ideal para garantizar el efectivo ejercicio de la coparentalidad, no siempre es la solución adecuada, pues depende del análisis de las cuestiones particulares en cada caso. Aplicar una medida o una solución generalizada por considerarla la más beneficiosa atenta contra el interés superior del niño.
3. Se debería eliminar la preferencia ciega a la madre al momento de otorgar la tenencia de los hijos, como se pretende hacerlo a través del Proyecto de Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, y como ya se ha hecho en otras legislaciones, como la chilena y la argentina, para lograr analizar en cada proceso quién es el progenitor más idóneo para quedarse con la tenencia de los menores de edad, por motivo de separación de los padres; o si es posible otorgarla de forma compartida a ambos. En caso de niños y niñas de hasta dos años de edad, el juez podría considerar la preferencia a la madre, si las circunstancias así lo permiten, pero no basado en una preferencia legal sino en el derecho a la lactancia del niño, pues en sus primeros años de vida, el niño o niña biológicamente necesita más de la madre que del padre para la satisfacción de sus necesidades.
4. Se deben articular soluciones que resulten más armoniosas con la vida profesional de ambos progenitores y las tareas de cuidado de los hijos. Así, por ejemplo, se podría considerar que los permisos por cuestiones de proyectos escolares, por enfermedad de los hijos o por cualquier otro ámbito relacionado con actividades de los niños y niñas, no sean descontados de la remuneración que los padres perciban, siempre que estos sean

debidamente justificados. Además, el tiempo de la licencia por paternidad remunerada debería, al menos, equipararse al de la madre, pues ambos son necesarios en las tareas de cuidado de los hijos recién nacidos.

Por último, se podría considerar una flexibilización en el ámbito laboral, si las condiciones laborales así lo permiten, para que los padres y madres que trabajan en relación de dependencia puedan cumplir con las ocho horas de trabajo requeridas legalmente, pero adaptándolas a sus necesidades, previo consentimiento del empleador. Así, se puede lograr que padre y madre puedan tener más tiempo para cuidar de sus hijos y sobre todo, para satisfacer sus necesidades afectivas y emocionales y, finalmente, eliminar el estereotipo de madre dedicada exclusivamente al cuidado de los hijos y padre proveedor de recursos y recreador en tiempo de ocio.

5. Se debe considerar mayores efectos en caso de que el progenitor custodio obstruya el vínculo de sus hijos con el otro progenitor, ya sea en cuanto a tiempo de convivencia con el hijo u obstaculizando las vías de comunicación. Dependiendo de la gravedad del caso, se podría considerar como causal para modificación del régimen de tenencia.

De la misma manera se debería considerar a la existencia comprobada del Síndrome de Alienación Parental en los hijos como causal para modificar el régimen de tenencia, de la mano de tratamiento psicológico para el niño o niña.

6. Se debe considerar la estabilidad emocional del niño como el factor principal al momento de la separación de los padres. En ese sentido, se debe procurar que existan los menores cambios posibles en la vida del infante, por ejemplo, evitando que cambie de lugar de residencia, de colegio, o que sus horarios de actividades o hábitos de convivencia se vean severamente alterados.

7. Se debe introducir y aplicar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano los preceptos señalados en los diferentes tratados internacionales en lo referente al derecho de cuidado de los hijos y la corresponsabilidad parental. Así mismo, se debe aprovechar de los avances del Derecho Comparado para introducirlos a nuestra legislación y práctica jurisprudencial, en lo que resulte aplicable.

Por ejemplo, se podría considerar la formulación de una política pública que obligue a las instituciones educativas, centros de salud y demás instituciones que tengan contacto con los niños/as, a dar información tanto al padre como a la madre sobre la situación de los mismos, sin que se alegue que, al no tener la tenencia de sus hijos, no tiene derecho a recibir información sobre su estado.

8. Se debe considerar que, para poder reclamar de forma efectiva el cumplimiento del derecho de cuidado de los hijos, se lo debe hacer acompañado de la exigencia del cumplimiento de alguno de los otros derechos de niños y niñas reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que reclamarlo por sí solo no surtirá ningún efecto, pues no es un derecho autónomo.

9. Se debe considerar la introducción de la figura de la tenencia compartida solamente a petición de alguna de las partes, o por acuerdo entre los progenitores, y como una de las alternativas de régimen de tenencia. No debe considerarse a la tenencia compartida como régimen de tenencia preferencial a ser aplicado por los jueces, así como tampoco se puede permitir que opere de oficio, pues obligar a un progenitor a hacerse cargo de sus hijos si no lo busca, solo empeoraría la situación de los infantes, atentando contra su interés superior.

Por otro lado, así como se pretende prohibir que la tenencia sea entregada a un progenitor en casos de violencia contra el niño o niña, también debería prohibirse en casos de violencia de género debidamente comprobados. De la misma forma, la mediación no debe permitirse en casos de violencia intrafamiliar o de género, pues podría usarse como arma por el progenitor violento, para tener acceso a su (ex) pareja y controlarla.

10. Se debe obligar a los jueces de familia a capacitarse y especializarse en el ámbito en el que aplican su jurisdicción, por ser temas sensibles y aplicados a un grupo de atención prioritaria en específico, como son los niños y niñas, y sancionarlos cuando de sus resoluciones se desprenda que ha existido algún tipo de sesgo o prejuicio, que haya impedido que se resuelva en favor del interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, Artículos Académicos y Noticias de Prensa

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 21-59.
- Acuña San Martín, T. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho*, 55-77.
- Belluscio, A. C. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma.
- Biddulph, S. (2004). *El secreto del niño feliz*. Madrid: EDAF S.A.
- Bodelón, E. (2012). La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares. En T. Picontó, *La Custodia Compartida a Debate* (págs. 131-154). Madrid: Dykinson.
- Bonino, L. (2003). Las nuevas paternidades. En *Cuadernos de Trabajo Social* (págs. 171-182). Madrid: CTS-UAM.
- Brena, I. (s.f.). *Análisis de la Patria Potestad después del divorcio de los progenitores*. México D.F: UNAM.
- Cabrera Vélez, J. P. (2008). *Tenencia; legislación, doctrina y práctica*. Quito: Cevallos.
- Cataldi, M. (16 de 06 de 2015). *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado el 30 de 03 de 2017, de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-noci%C3%B3n-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-Myriam-M.-Cataldi.pdf>
- Cillero Bruñol, M. (2010). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En M. d. Humanos, *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral* (págs. 85-107). Quito.
- Cohene, C. (2012). *Tesis para la obtención del título de maestría en ciencias sociales con mención en desarrollo local y territorial: LA FAMILIA. PRIMER Y ÚLTIMO RECURSO. CUATRO TIPOS DE FAMILIA Y CAPITAL SOCIAL EN SECTORES POPULARES DE QUITO*. Quito: FLACSO.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización de las Américas*.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1994). *Recomendación General N° 21*. Obtenido de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>
- Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales*. Profamilia.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.
- Craig, L., & Constantino, J. (Octubre de 2011). *¿El cuidado paterno significa que los padres comparten? Una comparación de la manera en que los padres y las madres de familias intactas pasan tiempo con sus hijos e hijas*. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/42625564>
- Departamento de Salud y Servicios Humanos -USA. (15 de septiembre de 2016). *Desarrollo Infantil*. Recuperado el 22 de 05 de 2017, de <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/childdevelopment/positiveparenting/middle2.html>
- Dolto, F. (1997). *Cuando los padres se separan*. Barcelona: Paidós.
- Ehrensaft, D., & Mansour, M. (1992). Las feministas pelean contra (por) padres. *Debate Feminista*, Vol. 6, 93-118. Recuperado el 05 de 07 de 2017, de <http://www.jstor.org/stable/42625653>
- ElTelégrafo. (14 de Octubre de 2013). *El 8% de las madres ecuatorianas asume de jefa del hogar*. Recuperado el 06 de 03 de 2017, de <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/el-8-de-las-madres-ecuatorianas-asume-de-jefa-del-hogar>
- Facio, A. (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En A. Facio, & L. Fries, *Género y Derecho* (págs. 99-136). Santiago de Chile: LOM ediciones.
- Facio, A., & Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio, & L. Fries, *Género y Derecho* (págs. 40-45). Santiago de Chile: LOM ediciones.
- Faur, E. (2009). Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado, & L. Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos* (págs. 517-537). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Fernández Revoredo, M. (2011). Derecho de Familia y Métodos Feministas. En M. Fernández, & F. Morales, *Métodos Feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (págs. 183-205). Lima: Palestra.
- Fries, L. (2000). Los Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y desafíos. En G. Herrera, *Las fisuras del patriarcado, reflexiones sobre feminismo y derecho* (págs. 45-63). Quito: FLACSO.
- Goldstein, J. (2000). ¿En el interés superior de quién? En M. Beloff, *Derecho, Infancia y Familia* (págs. 115-128). Barcelona: Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos.
- González Moreno, B. (2009). El principio de igualdad en el ámbito del Derecho de Familia: la Custodia Compartida. En B. González Moreno, *Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales* (págs. 339-410). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- González, P. (2 de diciembre de 2016). *Los niños y la teoría del apego de John Bowlby*. Recuperado el 22 de 05 de 2017, de <https://lamenteesmaravillosa.com/ninos-la-teoria-del-apego-john-bowlby/>

- Grosman, C. (octubre de 2008). *El cuidado de los hijos después del divorcio*. Recuperado el 30 de 03 de 2017, de Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires: http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_grosman_01.php
- Grosman, C. P. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres. ¿Utopía o realidad posible? En A. Kemelmajer De Carlucci, & L. Pérez Gallardo, *Nuevos perfiles del derecho de familia*. (págs. 105-127). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Guasch Andreu, O. (2008). Los varones en perspectiva de género. Teorías y experiencias de discriminación. *ASPAKÍA*. No. 19, 29-38. Recuperado el 13 de 03 de 2017, de file:///C:/Users/Paola%20Quezada/Google%20Drive/PUCE/TESIS/LIBROS-ARTICULOS/POR%20LEER/tesis%20FLACSO.%20Masculinidades%20en%20Quito. P
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México D.F: Doctrina Jurídica Contemporánea. Obtenido de http://www.sitioswwwweb.com/miguel/estudios_de_teor__a_constitucional.pdf
- Hardy, E., & Jiménez, A. L. (2001). Masculinidad y Género. En U. E. (UNICAMP), *Políticas y estrategias en salud pública* (págs. 79-88). Sao Paulo: Rev. Cubana.
- INEC. (02 de 06 de 2017). *Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos*. Recuperado el 01 de 07 de 2017, de Los divorcios crecieron 83,45% en diez años en Ecuador: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/los-divorcios-crecieron-8345-en-diez-anos-en-ecuador/>
- Jaramillo, I. C. (2008). Capítulo Tres. Familia. En C. Motta, & M. Sáez, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana* (págs. 267-361). Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Keijzer, B. d. (2012). El Hombre como factor de riesgo. Resumen. En C. E. CEP, *Masculinidades y cultura de paz. Fomentando la equidad de género* (págs. 44-51). Quito: CEP, Servicio de Paz y Justicia del Ecuador.
- Lathrop, 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*, Talca.
- Lepin Molina, C. (2013). Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. *Revista de Derecho. Escuela de Posgrado N°3*, 285-308.
- López de Carril, J. (1999). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2013). *Política Pública: Desarrollo Infantil Integral*. Ecuador: MIES.
- Ministerio de Justicia de Chile. (11 de 2015). *Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680)*. Recuperado el 28 de 05 de 2017, de <http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/informe-corresponsabilidad.pdf>

- Montesinos, R. (2004). La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina. *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial (segundo semestre)*, 197-220. Recuperado el 13 de 03 de 2017, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72620409>
- Notrica, F. P., & Rodríguez Iturburu, M. I. (2014). Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En M. Graham, & M. Herrera, *Derecho de las familias, infancia y adolescencia : una mirada crítica y contemporánea*. (págs. 133-155). Buenos Aires: Infojus.
- Olavarría, J. (2001). Invisibilidad y Poder. Varones de Santiago de Chile. En M. Viveros, J. Olavarría, & N. Fuller, *Hombres e Identidades de Género, Investigaciones desde América Latina*. (págs. 155-264). Bogotá: Editorial CES.
- Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.
- Picontó, T. (2012). Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado. En T. Picontó, *La custodia compartida a debate* (págs. 45-76). Madrid: Dykinson.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=BbIVWJS>
- Rodríguez, C. (2005). Economía del cuidado y política económica: Una aproximación a sus interrelaciones. *Políticas de Protección Social, Economía del Cuidado y Equidad de Género* (págs. 1-35). Mar del Plata: CEPAL.
- Rodríguez, M. S. (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*, 545-586.
- Salgado Álvarez, J. (2013). *Manual de formación en Género y Derechos humanos*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- 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>
- Segura, C., Gil, M., & Sepúlveda, M. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuad Med Forense*, 117-128.

- Simon, F. (2009). *Derechos de la niñez y adolescencia: de la convención sobre los derechos del Niño a las legislaciones integrales, Tomo II*. Quito: Cevallos.
- Simon, 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.
- Tena Piazuolo, I. (s.f.). *La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia*. Recuperado el 07 de 02 de 2017, de <https://www.google.com.ec/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=revista+derecho+espa%C3%B1ol>
- Troya, M. d. (2001). No soy machista pero ... Masculinidades en profesionales de clase media de la ciudad de Quito . En X. Andrade, & G. Herrera, *Masculinidades en Ecuador* (págs. 67-97). Quito: FLACSO.
- UNICEF. (2008). *El cuidado infantil en los países industrializados: transición y cambio*. Florencia: Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF.
- UNICEF. (12 de JULIO de 2011). *Cuidado infantil y licencias parentales*. Recuperado el 22 de 05 de 2017, de Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio: http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/desafios12_10082011_web.pdf
- Valdivia, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *La Revue du REDIF*, 15-22.
- Villagrasa, C. (2012). La custodia compartida en España y Cataluña: Entre deseos y realidades. En T. Picontó, *La custodia compartida a debate* (págs. 77-100). Madrid: Dykinson.
- Vintimilla Saldaña, J. (2010). Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano. *Iuris Dictio*, 47-57.
- Viveros, M. (2001). Masculinidades. Diversidades regionales y cambios generacionales en Colombia. En M. Viveros, J. Olavarría, & N. Fuller, *Hombres e Identidades de Género, Investigaciones desde América Latina* (págs. 37-152). Bogotá: Editorial CES.
- Viveros, M., Olavarría, J., & Fuller, N. (2001). *Hombres e Identidades de Género. Investigaciones desde América Latina*. Bogotá: Editorial CES.
- Zaidán, S. (2016). Tesis dentro del programa de maestría profesional en Derecho Constitucional: El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa. Quito: UASB.
- Zicavo, N., & Fuentealba, A. (2012). Resignificando la paternidad, crianza y masculinidad en padres post-divorcio. *Revista de Investigación en Psicología*, 115-127.

Cuerpo Normativo

- Constitución de la República del Ecuador, promulgada mediante Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Código Civil, promulgado mediante Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia, promulgado mediante Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003.
- Código de Trabajo, promulgado mediante Registro Oficial 167 de 16 de diciembre de 2005.

Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, presentado el 18 de mayo de 2017, calificado por el Consejo de Administración Legislativa el 29 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/module-proceso-de-ley>.

Proyecto del Código Orgánico del Ciclo de Vida, presentado a la Asamblea Nacional el 17 de marzo de 2016 cuya calificación fue negada por el Consejo de Administración Legislativa el 31 de marzo de 2016; disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/218-ley-ciclo-vida-zgudi%C3%B1o-17-03-2016/PP-C%C3%B3digo-Ciclo-Vida-zgudino-17-03-2016.pdf>.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, suscrita en la ciudad de New York de Estados Unidos de América, ratificada por el Ecuador y publicada en el R.O. 717 del 15 de junio de 1995.

Convención Interamericana para prevenir la Violencia contra la Mujer, suscrita en la ciudad de Belén do Pará de Brasil, ratificada por el Ecuador y publicada en el R.O 717 del 15 de junio de 1995.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Ecuador el 12 de agosto de 1977, publicada en R.O 795 de 27 de octubre de 1977.

Código Civil y Comercial de Argentina, promulgado a través de la ley 26.994; en vigencia desde el año 2014.

Código Civil Chileno, reformado mediante ley No. 20680 del 21 de junio de 2013.

Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia. Ley N° 548. Promulgado el 17 de julio de 2014.

Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. G.O.N° 5859. Venezuela. Promulgada el 10 de diciembre de 2007.

Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor- España. Ley No. 8/2015, de 22 de julio de 2015.

Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental. Aprobado el 19 de julio de 2013. Disponible en: <http://ala.org.es/wp-content/uploads/2014/01/Anteproyecto-de-Ley-sobre-el-ejercicio-de-la-corresponsabilidad-parental-en-caso-de-nulidad-separaci%C3%B3n-y-divorcio.pdf>.

Jurisprudencia

Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia 021-11-SEP-CC. Caso No. 0317-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición 01 de septiembre de 2011).

Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia 064-15-SEP-CC. Caso No. 0331-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de marzo de 2015).

Asunto L.M. respecto Paraguay, Resolución (Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de julio de 2011).

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239. Serie C No. 254 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).

Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C. No. 100 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de septiembre de 2003).

Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia., 12.474 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2013).

Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, Serie C No. 242 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).

Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C. No. 205 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).

Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador, Serie C No. 285 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014 de octubre de 2014).

Cuestión de Inconstitucionalidad 8912/2006, 185/2012 (Tribunal Constitucional de España 17 de octubre de 2012). Obtenido de <http://ala.org.es/wp-content/uploads/2014/01/Sentencia-185-2012-de-17-10-2012-del-Pleno-del-Tribunal-Constitucional.pdf>

Custodia y Cuidado Personal, 2008-0024 (Juzgado Tercero de Familia 16 de julio de 2009). Obtenido de <http://www.padresporsiempre.com/JuzgadoTerceroCustodiaCompartidaBogota2009.pdf>

Demanda de inconstitucionalidad del Art. 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, 0028-15-IN (Corte Constitucional 01 de 04 de 2015).

Guarda y Custodia Compartida, 257/2013 (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 29 de abril de 2013). Obtenido de <http://ala.org.es/wp-content/uploads/2014/01/Sentencia-del-Tribunal-Supremo-Sala-1%C2%AA-de-29-4-2013.pdf>

Incidente de modificación de convenio, 62/12 - S. Autos autos N° 2442/10/5F-62/12 (1° CÁMARA DE APELACIONES DE FAMILIA - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN 01 de octubre de 2015). Obtenido de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4389771842>

Recurso de Casación, Juicio No. 143-2012 WG. Resolución No. 0028-2012 (Corte Nacional de Justicia del Ecuador 30 de marzo de 2012).

Recurso de Casación: Falta de motivación, 96/2015 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 16 de febrero de 2015).

Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación, 623/2009 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 8 de octubre de 2009). Obtenido de

<https://custodiapaterna.jimdo.com/sentencias/tribunal-supremo/custodia-compartida-08-10-09/>

Sommerfield contra Alemania, 31871/96 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8 de junio de 2003).

Zúñiga con Sáenz, RIT C-314-2014 (Cuarta Sala de la Corte Suprema 17 de diciembre de 2015).

Entrevistas

Maldonado, M. (31 de marzo de 2017). Derecho de cuidado de los hijos y custodia compartida. (P. Quezada, Entrevistador)

Merlyn, M. F. (02 de 02 de 2017). El cuidado que deben recibir los niños dependiendo de la etapa de desarrollo. (P. Quezada, Entrevistador)

Merlyn, S. (21 de marzo de 2017). El derecho de cuidado de los hijos en el sistema jurídico ecuatoriano. (P. Quezada, Entrevistador)

Montalvo, M. d. (24 de mayo de 2017). El derecho de cuidado de los hijos. Perspectiva del juzgador. (P. Quezada, Entrevistador)

Salgado, J. (14 de 02 de 2017). Los sesgos de género en la familia. (P. Quezada, Entrevistador)

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, PAOLA CAROLINA QUEZADA NOBOA, C.I. 1715822670 autor del trabajo de graduación intitulado: ANÁLISIS DEL ALCANCE DEL DERECHO DE CUIDADO DE LOS HIJOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS, previa a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 19 de septiembre de 2017



Paola Carolina Quezada Noboa
C.C. 1715822670

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA
Nº 171582267-0

APellidos y Nombres: QUEZADA NOBOA PAOLA CAROLINA

Lugar de Nacimiento: PICHINCHA QUITO SANTA PRISCA

Fecha de Nacimiento: 1993-04-19

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: MUJER

Estado Civil: SOLTERO




INSTRUCCIÓN: BACHILLERATO
PROFESIÓN / OCUPACIÓN: EMPLEADO

APellidos y Nombres del Padre: QUEZADA JIMENEZ JORGE HUMBERTO

APellidos y Nombres de la Madre: NOBOA M MYRIAN YOLANDA

Lugar y Fecha de Expedición: QUITO 2017-05-17

Fecha de Expiración: 2027-05-17

E434313443

001327482

ICM 17 01 751 20

Director General: [Firma]

Primera del Cédulario: [Firma]





CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

022 JUNTA No

022 - 171 NUMERO

1715822670 CÉDULA

QUEZADA NOBOA PAOLA CAROLINA
APellidos y Nombres

PICHINCHA PROVINCIA

QUITO CANTÓN

BELISARIO QUEVEDO PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN 1

ZONA 2




CNE COMISIÓN NACIONAL ELECTORAL

ECUADOR ELIGE CON TRANSPARENCIA

ELECCIONES 2017
GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN LAS ELECCIONES GENERALES 2017

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

F. J. PRESIDENTA/E DE LA JRV

IMP. JGM MJ

