

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO



*Interés Superior del Niño en las decisiones judiciales sobre reglas
de tenencia. Declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia
materna*

MARÍA GABRIELA CALISPA FLORES
DIRECTORA: DRA. ELIZABETH GARCÍA A.

Quito, 6 junio 2022

DEDICATORIA

Para Sophia, Mateo, Carlos, Teresa y Dastan, los dueños de mi bona dea.

*Para los rotos, los raros, los incomprensidos, para todos aquellos que sienten que no
pertenecer a ningún lugar.*

Para Glenda, tu luz nunca se apagó, siempre vivirás es mí.

AGRADECIMIENTOS

A Gaby, nunca más viviremos bajo una sombra, te lo debía, te lo mereces, esto es por ti, siempre será por ti.

Al ser más amoroso que existe, al ser que nunca nos dejó, que nos amó hasta tal punto de dejarlo todo por su todo, a ti padre, sin ti esta historia jamás hubiera sido escrita y no existen palabras para describir lo maravilloso e inspirador que ha sido tu lucha y fuerza.

A las dos personas que más admiro, a mi esperanza e ilusión de construir un mundo mejor, mientras ustedes lo hacen del mío, a ustedes hermanos, Mateo y Sophia, so happy together.

A Sulma, hizo lo que podía con lo que tenía, madre, a pesar de todo lo bueno y lo malo, su historia siempre será parte de mi andar.

A mis pseudomadres, Teresa y Anita, el sacrificio de dejar los estudios por trabajar siempre ha dado frutos, su amor es un fruto, yo lo soy.

A mi familia, mis abuelos Jesús y Dorita, tío Jhony, siempre hicieron lo que estaba en sus manos para que sintiéramos menos la ausencia de los que se fueron o nunca estuvieron.

A Andrés, tu paciencia, amor, ilusión y esperanza depositadas en mí me asombran, gracias por amarme incluso cuando ni yo lo hago.

A las doctoras Elizabeth García, Patria Segarra e investigadora Patricia Calero sin su ayuda y guía esto no hubiera sido posible.

A Paula, César, Ricardo y Club de Debate y Oratoria de la PUCE, siempre me enseñaron a ver lo que soy, y ahora todo es más claro. Gracias por salvar mi vida universitaria.

A mis primos, Paula, Sebastián, José, Fer, David y Chavy. Nunca estarás sola, y hoy lo sé.

Aquí inicia mi historia (...)

RESUMEN

La visión adultocéntrica se encuentra arraigada en la justicia de Niñez y Adolescencia de la sociedad actual siendo una de las mayores limitantes para la garantía de sus derechos e intereses. El Interés Superior del Niño es de carácter indeterminado lo que permite el aumento de la discrecionalidad abusiva de las juezas, más aún mientras estuvo vigente la preferencia materna dentro de las normas de tenencia ya que, la toma de decisiones se daba en base a las preferencias de la jueza, más no de la debida motivación en base al Interés Superior. La declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna en las reglas de tenencia ecuatoriana contribuye al cambio de paradigma de las niñas como objetos de derechos a sujetos de derechos. Sin embargo, esto presenta un gran reto para todo el sistema judicial el cual deberá especializar a las funcionarias de justicia sobre el Interés Superior del Niño, garantías y derechos. De igual forma, la normativa nacional debería adecuarse a los instrumentos internacionales propios de la materia, aspecto que el Ecuador no lo aplica.

Keywords: Tenencia, Interés Superior del niño, Doctrina de los Años Tiernos, preferencia materna, motivación, discrecionalidad abusiva.

ABSTRACT

The adult-centric vision is rooted in the justice of Children and Adolescents of today's society, being one of the greatest limitations for the guarantee of their rights and interests. The Best Interest of the Child is undetermined nature which allows the increase in the abusive discretion of the judges, even more so given the existence of the maternal preference within the rules of custody, since decision-making was based on the preferences of the judge, but not due motivation based on the Best Interest of the Child. The declaration of unconstitutionality of the maternal preference in the Ecuadorian custody rules contributes to the paradigm shift of girls as objects of rights to be entitled of rights. However, this fact presents a great challenge for the entire judicial system, which must specialize justice officials on the Best Interests of the Child, guarantees and rights. Similarly, the national regulations should be adapted to the international instruments on the matter, an aspect that Ecuador does not apply.

ACLARACIÓN

La Real Academia Española permite el uso indistinto gramatical del genérico femenino o del masculino al referirse a grupo compuestos por elementos masculinos y femeninos. Creo en la igualdad de género entre mujeres y hombres (no considero a la superioridad de uno de los géneros sobre el otro). Sin embargo, el genérico del masculino gramatical ha sido ya utilizado por demasiado tiempo, como reflejo de la histórica primacía que los hombres han mantenido dentro de la sociedad. Confío en que en el futuro se creen términos lingüísticos de carácter “híbrido”, y que dentro del ámbito comunicacional también seamos iguales. Por lo que, hasta que eso ocurra, considero que una buena manera de romper esquemas y crear consciencia sobre la necesidad de conseguir una igualdad real, es usar como genérico para esta tesina al femenino gramatical, aunque pueda ser que debido a la costumbre no lo haya logrado incorporar de manera efectiva en toda la tesina. Todo esto como una forma de “acción afirmativa” a favor de las mujeres. Es así como a lo largo del trabajo se podrán constatar a vocablos como niñas, jueza, hijas o similares, a menos que se señale lo contrario, se deberá entender que se han incluido a los correspondientes sujetos del género masculino.

ABREVIATURAS

ISN	Interés Superior del Niño
CC	Código Civil
CCE	Corte Constitucional ecuatoriana
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer
CJ	Consejo de la Judicatura
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
CONA	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRC	Comité de los Derechos del Niño
CRE	Constitución de la República ecuatoriana
DDN	Declaración de los Derechos del Niño
DGDN	Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño
OG/12	Observación General No. 12
OG/14	Observación General No. 14
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana

Tabla de contenido

<i>DEDICATORIA</i>	2
<i>AGRADECIMIENTOS</i>	3
<i>RESUMEN</i>	4
<i>ABSTRACT</i>	5
<i>ACLARACIÓN</i>	6
<i>ABREVIATURAS</i>	7
<i>INTRODUCCIÓN</i>	10
<i>CAPÍTULO I: DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN SUS RELACIONES</i>	
<i>PARENTO FILIALES</i>	11
1.1. Principio del Interés Superior del Niño	16
1.2.1. En relación a los derechos de participación y a ser escuchado	22
1.2.2. En relación con el principio de la Prioridad Absoluta	24
1.2.3. En relación al principio de Corresponsabilidad Estado, Sociedad y Familia	26
1.2.4. En relación al derecho a desarrollarse en familia	28
1.3. Principio de Igualdad y No discriminación	29
1.4. Derechos en las relaciones parentofiliales	30
1.4.1. Patria Potestad.....	30
1.4.2. ¿Tenencia, cuidado o crianza?	31
<i>CAPÍTULO II: DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA</i>	
<i>MATERNA DEL ART. 106 DEL CONA</i>	34
2.1. Preferencia materna y la doctrina de los Años Tiernos en Ecuador	34
2.1.1. Preferencia materna y su incidencia en la debida motivación	48
2.1.1.1. Análisis casuístico.....	52
2.1.1.1.1. Sentencia No. 021-11-SEP-CC	52
2.1.1.1.2. Sentencia No. 064-15-SEP-CC	54
<i>CAPÍTULO III: DESAFÍOS DE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA PARA TENENCIA</i>	
3.1. Adecuación del derecho a ser escuchado y asistencia letrada en los procesos de tenencia	62
3.1.1. Debida representación de la niña en los procesos de tenencia.....	64
3.1.1.1. Abogado del Niño	67
3.1.2.1. Medidas para facilitar el testimonio.....	73
1.4.2.1.1. Preparación.....	74
3.2. Audiencia	74
3.2.1.1.2. Evaluación del niño.....	75
3.2.1.1.3. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño).....	75
3.2.1.1.4. Quejas, vías de recurso y desagravio	75

<i>CAPÍTULO IV: CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA TENENCIA</i>	77
4.1. Acuerdos directos sobre la tenencia.....	77
4.1.1. Mediación	78
4.1.2. Resolución judicial.....	81
4.2. Parámetros de evaluación para otorgar la tenencia.....	81
4.2.1. Características de la niña	83
4.2.2. Idoneidad de progenitores.....	83
4.2.2.1. Características emocionales	84
4.2.2.2. Salud física, mental y psicológica.....	85
4.2.2.3. Vínculos emocionales con sus progenitores o familiares	85
4.2.2.4. Entorno Adecuado	86
<i>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</i>	87
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	89
<i>ANEXOS</i>	99
Anexo I: Extracto de entrevista realizada a investigadora Patricia Calero del 28 de diciembre del 2021.....	99
Anexo II: Extracto de entrevista realizada a jueza Dra. Patricia Segarra, 01 de enero del 2022.....	100
Anexo III: Tabla resumen de número de procesos de tenencia del período de 2020- 2021	101
Anexo IV: Tabla resumen de número de unidades judiciales a nivel nacional	103
Anexo V: Tabla resumen de número de juezas y funcionarias de salud en Unidades Judiciales a nivel nacional.....	106

INTRODUCCIÓN

La incorporación en la normativa de reglas adecuadas para la asignación de la tenencia de niñas, niños y adolescentes se ha convertido un gran reto, no solo para Ecuador sino para toda la sociedad actual. Algunos de los limitantes son la visión adultocéntrica todavía presente en derechos parento-filiales, como en los casos de tenencia, en los que la jueza, lejos de analizar caso por caso de forma particular, aplicaba reglas de atribución automática que en nada respondían al Interés Superior del Niño, sino a concepciones discriminatorias como la regla de la preferencia materna. A pesar del cambio del paradigma tutelar a la doctrina de Protección Integral que reconoce a las niñas como sujetos de derechos, todavía no existe una verdadera materialización de sus derechos a ser escuchados y representados, no solo en casos de tenencia, sino en todo lo relacionado a justicia especializada de niñez y adolescencia.

En el primer capítulo se revisan los principios del Derecho Internacional Público de niñez y adolescencia que surgieron a partir de la doctrina de la Protección Integral junto con los derechos paternofiliales de las niñas. En el segundo capítulo se realiza un análisis de la doctrina de la Preferencia Materna que se encontraba presente en las reglas de atribución de tenencia declarada por la Corte Constitucional Ecuatoriana como inconstitucional por su fondo, además se analizará su incidencia en la debida motivación. En el tercer capítulo se realiza un análisis de los desafíos de la justicia ecuatoriana especializada en niñez y adolescencia y en el último capítulo se explican los criterios de aplicación de las reglas de la tenencia junto con una propuesta de variables a considerar para otorgar la tenencia exclusiva. En conclusión, no corresponde fijar en normativa reglas rígidas de tenencia, al contrario, debería siempre realizarse un análisis caso por caso, identificando las circunstancias para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de cada niña, niño o adolescente.

CAPÍTULO I: DERECHOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN SUS RELACIONES PARENTO FILIALES

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN, 1989) establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1). El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA, 2003) define a la niña y al niño como “la persona que ha cumplido doce años” y al adolescente a la “persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años” (art. 4).

La participación de las niñas, niños y adolescentes dentro de procesos de tenencia es de vital importancia, primero porque es su derecho a opinar y participar dentro de procesos que le afecten o interesen, y en segundo lugar porque pueden contribuir como guía para la toma de decisiones en beneficio de su desarrollo integral. Por esta razón, con el fin de garantizar el acceso a la justicia, en condiciones de igualdad de todas las niñas niños y adolescentes, es fundamental el entender que son seres diferentes de las personas adultas. Griesbach (2021) (citado por SCJN, 2014) explica que debido a que las niñas “cuentan con habilidades físicas, cognitivas, emocionales y sociales distintas. Estas diferencias serán fundamentales para generar las condiciones requeridas para lograr una justicia adaptada” (p. 20).

Las niñas, niños y adolescentes son seres con características únicas y particulares que se encuentran en un constante desarrollo, el cual se da a lo largo de etapas. En estas etapas las niñas desarrollan ciertas habilidades cognitivas, emocionales y morales (el bien y el mal), que responden a las características específicas de la niñez y adolescencia diferentes a la de los adultos. Por ejemplo “las niñas no pueden entender variables abstractas” (Durdén T, et al, 2011, p. 2), es decir las niñas no pueden comprender nociones del tiempo cronológico como horas, minutos, años, etc. debido a que ellas ponen un “pensamiento concreto y egocéntrico la noción

del tiempo y el espacio no es como la de las personas adultas (...) [y les] resultará imposible medir la cantidad de tiempo que transcurrió en determinado evento” (Castañer y Acosta, 2021) (citado por SCJN, 2021, p. 24). Además, las niñas no pueden concentrarse por más de veinte minutos, tampoco pueden elaborar un relato ordenado y coherente de su testimonio, por lo que se expresan por medio de palabras o frases pequeñas (SCJN, 2014, p. 27).

Las niñas al encontrarse en una etapa de desarrollo su control de emociones les resulta muy complicado, puesto que no podrán manejarlos como una persona adulta, así lo explica Soler (2016) (citado por Valarezo, Celi, Rodríguez y Guerrero, 2020), el hecho de que las niñas son:

más sensibles a los pequeños acontecimientos, lo que les provoca cambios bruscos de humor y experimentan diferentes emociones, algunas muy cambiantes; predominan las emociones sobre los sentimientos, los estados emocionales son más intensos, pero al mismo tiempo más rápidos y menos profundos que los de los adultos (p. 476).

La etapa del desarrollo moral de las niñas involucra que aprendan y desarrollen sobre lo que la sociedad considera que está bien o mal ya que ellas no logran reconocer dichas variables, así lo explica ODI (2001), puesto que para la percepción de las niñas “las reglas existen, no pueden cambiarse y la conducta es buena o mala según se reciba o no un castigo por ella, el respeto por la autoridad adulta es incuestionable” (ODI, 2000, p. 39). De esta forma, las niñas piensan que deben obedecer y así evitar un castigo, pues consideran que solo la opinión de las personas adultas es la correcta. Las funcionarias judiciales que intervengan en la escucha de las niñas y no cuiden su forma de acercarse y tratarlas, incrementan la sensación de “tener que responder lo que otro desea para no meterse en problemas con las implicaciones que esto supone en su dicho” (SCJN, 2014, p. 32).

La etapa de la adolescencia se caracteriza por ser un proceso de “inquietud dirigida a explorarse a sí mismo y el entorno; asimismo, en este período definen su identidad social y de

género” (Mansilla, 2000, p. 109), es decir, los adolescentes atraviesan una etapa de proceso de construcción de su identidad, el sentimiento de “desequilibrio y la inestabilidad extrema, (...) y se producen importantes cambios físicos” (Urquijo y Gonzalez, 1997, p.3), por lo que si se encuentran en situaciones que pueden provocar emociones de temor o angustia, las niñas no poseen un dominio racional de sus emociones, ergo, se les hace imposible el poder controlarlas (SCJN, 2014, p. 33).

La participación de una persona adulta en un proceso judicial involucra que se posea ciertas características relativas a su capacidad, como el comprender el lenguaje, controlar sus emociones, “elaborar un relato de manera coherente y ordenada; (...) recordar los hechos de manera precisa y suficiente; (...) mantener la atención y concentración durante la diligencia, aún bajo altos niveles de estrés (SCJN, 2014, p. 27) por lo que al ser una persona adulta es más sencillo el poder “controlar y entender las emociones porque ya se cuenta con más herramientas para hacerlo” Griesbach (2021) (citado por SCJN, 2021, p. 31). Para una persona adulta el poder participar dentro de un proceso judicial es difícil, pero para una niña aún más y si no existe una adecuación pertinente a la justicia de niñez y adolescencia las niñas, niños y adolescentes podrán sufrir un daño en su desarrollo psíquico, físico y moral.

Por muchos años, la humanidad ha considerado que las niñas, niños y adolescentes eran seres que debían adaptarse a las personas adultas, de esta forma, en ningún momento se reconocían sus características especiales, sino más bien se los percibía como un limitante al verlas como seres de poco valor o inferiores.

Las niñas niños y adolescentes eran catalogados con la terminología de “menores”, el cual surge de la palabra “menor”, que según la Real Academia Española (en adelante RAE) significa “que es inferior a otra cosa, en cantidad, intensidad o calidad; menos importante en relación con algo del mismo género”, es decir, este concepto (que aún se sigue utilizando)

expresa que las niñas, niños y adolescentes son seres inferiores a que otros seres, en este caso, las personas adultas.

El uso de esta terminología de menores de edad, según Montoya (2017, p.19) se convirtió en una “forma de designar a las niñas, niños y adolescentes”, por lo que la transición del concepto de menores a niñas, niños y adolescentes ha formado parte de una construcción histórica, una historia de descubrimiento en la cual han pasado de ser consideradas como individuos irrelevantes, inferiores, reemplazables e intrascendentes en donde no importaba su opinión, hasta por fin ser vistas como un sujeto pleno de derechos.

Luego del Renacimiento, la sociedad se empieza a preocupar por la educación y aparecen las primeras escuelas primarias, sin embargo, éstas se encargaron de deconstruir el concepto de niñez y crear un dominio ideológico junto con la perpetuación de dos grupos sociales (buenos y los criminales) (Jetón y Jimbo, 2010, p.14). Por un lado, las niñas, niños y adolescentes que venían de una “buena familia” o recibían una “educación católica” y, por otro lado, aquellas que no tenían familia o no correspondía al estatuto “normal” o nuclear (Jetón y Jimbo, 2010, p.15). Es decir, aquellas niñas que se encontraban “en situación de abandono moral y/o materiales asociados a la pobreza” (Acosta, 2016, p. 6), eran considerados como un “riesgo social” (Méndez, 1995) (citado por Acosta, 2016, p. 6).

La doctrina de la Situación Irregular representó “una serie de normas dispersas y estigmatizantes, creadas para proteger a la sociedad de los delincuentes adolescentes o potenciales delincuentes” (Yanes, 2016, p.28), es decir, en esta doctrina, las niñas, niños y adolescentes eran vistas como un objeto de tutela y represión, más no como sujetos plenos de derechos (Echandía, 1980) (citado por Yanes, 2016, p. 17). Mientras que, en el ámbito judicial, se legitimó un “marco jurídico destinado a la atención de los niños y adolescentes pobres, o también definidos como en situación de “riesgo social” o en “situación irregular”” (Acosta,

2016, p.6), este control y protección de las niñas se daba bajo la idea de que eran “beneficiarios” de esta “protección”, siendo un disfraz en el nombre del amor y la compasión, cuando en realidad se establecía represión judicial e institucional (Buaiz, 2016, p. 58), en donde la jueza poseía atribuciones para proteger a la sociedad del “menor delincuente”, capaz de decidir y castigar según como prefiera o considere pertinente.

De igual manera, se criminalizó a las niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza prevaleciendo su consideración minorista ya que, se percibía a la infancia bajo la percepción de lástima, compasión, caridad y represión, y a aquellos que no vivían en condiciones “normales” se les brindaba un trato diferencial (Suárez, 2014, p. 12). Por ejemplo, en el ámbito ecuatoriano, el primer Código de Menores de 1938 y el de 1944 disponían como forma de garantizar los derechos de los “menores desvalidos, huérfanos, materia, moral y jurídicamente abandonados” a la expedición de leyes que les proteja física y moralmente, se observa cómo son criminalizadas al representar un riesgo social y se les brindaba una protección especial para proteger a la sociedad de ellas, más no a ellas de la sociedad.

No es sino, hasta la creación y posterior ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que se marcó el inicio de la sustitución a nivel mundial de la doctrina de la Situación Irregular por la de la Protección Integral. A partir de ese momento el Estado ecuatoriano inició un proceso del reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia, con el fin de “compatibilizar” y dar “efectividad” a los derechos reconocidos en la CDN, al igual que la incorporación del Interés Superior del niño (en adelante ISN) en la reforma al Código de Menores de 1992, junto con la Constitución de 1998 y posterior Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (en adelante CONA). Esta nueva doctrina implicó el reemplazo del término de “menores” por el de niña, niños y adolescentes, y que el Estado se

convierta en promotor de su bienestar, asumiendo un rol solidario, junto con la creación de políticas públicas que garanticen la aplicación de sus derechos.

Gracias a la doctrina de la Protección Integral, las niñas dejan de ser consideradas como un problema social para definir las de manera afirmativa como sujetos plenos de derechos, capaces de ejercerlos y exigirlos ya que poseen la “necesidad de respeto especial a su condición de persona en desarrollo y tiene una percepción autónoma de sus necesidades, de su situación y de lo que le rodea” (Jetón y Jimbo, 2010, p.27). Se considera que ellas poseen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos por su condición biológica (Beloff, 2009; p. 14), además, que su opinión es importante, y que la jueza es una persona técnica en “actividad jurisdiccional” limitada por garantías (Beloff, 2009, p. 41).

Como se observó *supra*, el proceso para el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ha sido largo y, aunque parezca que se ha eliminado cualquier esbozo de la doctrina de la Situación Irregular, lo cierto es que muchas instituciones jurídicas con bases en la situación irregular todavía existen. A pesar de que se ha generado el cambio del concepto de “menores” hacia niñas, niños y adolescentes, lo que ahora sucede es que en la mayoría de los textos sobre la materia se habla de los “NNA”, siglas que tampoco son adecuadas para referirse a estos seres¹.

1.1.Principio del Interés Superior del Niño

Varios instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, han consagrado el principio de Interés Superior del Niño. Dicho principio parte de la dignidad misma del ser humano, de las características de las niñas, niños y adolescentes, junto con la necesidad de propiciar su

¹ Las siglas solo son usadas para hablar de objetos, instituciones, etc. y aunque al lector le podría resultar más fácil la lectura con esta abreviación, el presente texto no las usará ya que se pretende ser lo más consecuente con toda la lucha de igualdad que han atravesado las niñas, niños y adolescentes, siendo las niñas, un grupo todavía mucho más invisibilizado y maltratado.

desarrollo y pleno aprovechamiento de sus potencialidades junto con su naturaleza (Corte IDH, OC17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56).

El primer instrumento creado con el fin de reconocer los derechos específicos de las niñas junto con los deberes específicos hacia ellas fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño² (en adelante DGDN, 1924). Posteriormente, después de la promulgación de la DGDN³, Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) solicitaron la creación de un instrumento internacional que tenga carácter vinculante para los Estados que decidiesen ratificarlo; es decir, una Convención, así surge la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (en adelante DDN).

La DDN está compuesta por 10 principios que disponen la obligación de los Estados Parte para garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, físico, mental, moral, espiritual y social de forma normal y saludable junto con una protección especial de oportunidades y de servicios en libertad y dignidad. Además, que todas las leyes promulgadas deberán responder fundamental al ISN (ppio. 2), la DDN denomina al ISN como un “principio rector” (ppio. 7).

Posteriormente, en 1989 se aprobó la Convención de los Derechos del Niño, el cual si posee fuerza vinculante para los Estados signatarios. Sobre el ISN la CDN dispone que el conjunto de todos los Estados parte, instituciones públicas, privadas, progenitores, sociedad, tienen la responsabilidad concurrente y el deber de garantizar la protección integral de la infancia y adolescencia, pues estarán obligados a velar por el cuidado, protección y ejercicio

² Eglantyne Jebb luego de los horrores de la Primera Guerra Mundial y de recibir el informe del doctor Frédéric Ferrière, vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), sobre la catastrófica situación de las niñas y niños en Viena impulsó a Jebb para expandir las bases de su asociación y advertir a los estados sobre la necesidad de trabajar en conjunto al no ser suficiente la creación de programas de beneficencia para ayudar a los niños (Bofill y Cots, 1999).

³ El instrumento no tenía carácter vinculante para los Estados Parte.

efectivo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 3). La CDN (1989) dispone la necesidad de establecer como mecanismo de cumplimiento del ISN la promulgación de medidas legislativas pertinentes establecidas por autoridad competente y sobre todo la garantía del compromiso del cumplimiento de estas normas (art.3.2.).

Para Ravetllat y Pinochet (2015) existe subjetividad de la cláusula del ISN ya que, para ellos, la CDN no establece ningún tipo de indicador que ayude a la aplicación en la práctica del ISN, dejando así a la “interpretación al buen hacer y juicio” de las personas o entes públicos o privados respectivos la determinación de si en efecto está siendo aplicado, ocasionando inseguridad jurídica (p. 915). Cillero (2015) no comparte esta opinión y considera que, a partir de la vigencia de la CDN, el ISN pasa de ser un objetivo social deseable cuya aplicación dependía de una autoridad “benevolente o progresista” para convertirse en principio jurídico garantista que establece obligaciones positivas sobre los estados y sus funcionarios (p. 8). El autor señala que la existencia del ISN “permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa” (p.11). Además, que el ISN no puede ser interpretado como una mera “inspiración” para las decisiones de las autoridades, sino que se trata de una institución jurídica que limita las actuaciones de las autoridades (y particulares), una obligación (p.8).

El ISN es un principio cardinal en materia de niñez y adolescencia para el cual existen muchos criterios sobre si es un concepto abstracto o indeterminado y, aunque parezca un término de difícil aplicación, para García (2016) este dinamismo característico del ISN permite su adaptabilidad a las distintas situaciones presentes. Sin embargo, Simon (2021) menciona que existen discrepancias respecto a su contenido, alcance y forma de aplicación del ISN, “debido a su condición del *concepto jurídico indeterminado*, y, por tanto, con una formulación “abierta” que da origen a las dificultades de aplicación en casos concretos” (p. 453).

El CONA, por su parte dispone que el ISN es una norma de interpretación para el texto legal, y que está orientado a satisfacer el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y a mantener un equilibrio de sus derechos y de la forma en que “mejor le convenga a la realización de sus derechos y garantías” (art. 11). De igual forma, la CRE dispone la obligación de los Estados Parte el asegurar el ejercicio pleno los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en atención al ISN, su derecho al desarrollo integral y a satisfacer sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, y que este grupo prevalecerá sobre las demás personas (art. 44).

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 14 sobre el Derecho del Niño (2013) (en adelante OG/14) reconoce al ISN como un concepto triple. Primero como un “derecho sustantivo”, al cual la niña, niño o adolescente tiene derecho; es una consideración primordial que debe ser evaluada y tomada en cuenta con el fin de decidir sobre aquello que afecte a la niña, grupo de niñas en particular o general. Los Estados partícipes tienen la obligación intrínseca de su aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales (Art. 3). Segundo, el Comité dispone que es un “principio jurídico interpretativo fundamental”, es decir, cuando exista una disposición jurídica que admita más de una interpretación, “se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el Interés Superior del Niño (párr. 4). Tercero, para el Comité el ISN es una “norma de procedimiento”, por lo que cuando se deba tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles consecuencias (positivas o negativas) en la vida de la niña o niñas interesadas (párr. 6.3), dicha evaluación y determinación del ISN debe ser realizado velando por el cumplimiento de sus garantías procesales.

El concepto del ISN, al ser complejo se debe determinar “caso por caso” (CRC, OG/14, párr. 32), es decir, en el ámbito judicial, político o social, la persona encargada de tomar las decisiones tiene la obligación de explicar por qué razón la tomó una, cómo fueron los criterios valorados, ponderados y sobre todo cómo se respetó el ISN. La aplicación del ISN requiere de un análisis mucho más detallado, único y personal, considerando las características específicas de cada niño, niña y adolescente.

La OG/14 detalla el proceso adecuado para la aplicación del ISN, como primera etapa dispone a la evaluación y determinación del ISN, esta evaluación del ISN es una actividad corresponde directamente a la persona que deberá tomar la decisión, conformado por equipo preferente multidisciplinario y la opinión de la niña. Esta etapa implica “valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto y ponderar su importancia en relación con los demás” (párr. 46.a), y que la evaluación del ISN es una “actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general” (párr. 48). Los elementos que dispone el Comité tienen como fin el evaluar todos estos criterios o aquellos las características que hacen únicas a cada niña son:

edad, el sexo, el grado de madurez la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores (OG/14, párr. 48).

El Comité de los Derechos del Niño también recomienda la elaboración de una lista de elementos orientadores hacia los Estados Parte o responsables de la toma de las decisiones en asuntos que interesan o pueden afectar a las niñas, estos elementos no deberían poseer un carácter exhaustivo ni jerárquico (párr. 51), es decir, es posible no limitarse a estos elementos y más bien considerar otros factores dependiendo de cada circunstancia. Además, estos

elementos deberían ser tomados en cuenta y ponderados de acuerdo con la situación que amerite (párr. 50). Algunos de los elementos que dispone ser tomados en cuenta para la evaluación del ISN el Comité son:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño
- e) Situación de vulnerabilidad

El Consejo de la Judicatura aprobó la Guía del Interés Superior del Niño el 4 de febrero del 2021, el cual supondría ser un texto que facilita la evaluación y aplicación del ISN por parte de las personas que deberían tomar decisiones que afecten a las niñas como las juezas, etc. Sin embargo, Patricia Calero, en una entrevista, comentó que “la Guía es un instrumento inefectivo para la aplicación del ISN, peor aún en los casos de tenencia, debido a que no es más que una recopilación de lo dicho por los diferentes Instrumentos Internacionales” (véase anexo II). Esta crítica a la Guía del ISN surge ya que este documento termina siendo solo un conjunto de tablas con preguntas “orientadores” sobre si se llevó o no a cabo la acción, documentación o consideración para enmarcar con un “visto” si fue o no cumplida.

La segunda etapa que detalla el Comité de los Derechos del Niño corresponde a seguir un procedimiento que “vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho” (OG/14, párr. 46.b), para lo cual establece como garantías procesales para velar la observancia del ISN:

- f) El derecho del niño a expresar su propia opinión
- g) La determinación de los hechos
- h) La percepción del tiempo
- i) Los profesionales cualificados
- j) La representación letrada
- k) La argumentación jurídica
- l) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones
- m) La evaluación del impacto en los derechos del niño

Estos elementos de evaluación del ISN junto con las garantías deben ser aplicadas y consideradas en todo lo relacionado a niñez y adolescencia, sobre todo para los casos de tenencia, ya que el Comité de los Derechos del Niño establece criterios claros para la aplicación del ISN de las niñas, niños y adolescentes, los cuales deben ser adaptados a los instrumentos nacionales.

1.2.1. En relación a los derechos de participación y a ser escuchado

La CDN (1989), en su art. 12 de la CDN dispone que:

- 1 Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
- 2 Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Sobre el requerimiento de “condiciones de formarse un juicio propio” el Comité de los Derechos del niño (2009) insiste en que este requerimiento no debe ser visto como una limitación, sino más bien como una obligación para que los Estados Parte realicen una evaluación de la capacidad de la niña para formarse una “opinión autónoma en la mayor medida posible” (párr. 20). Esto también implica que los Estados Parte den por supuesto que las niñas tienen la capacidad para formarse sus “propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas” (CRC, párr. 20), más no involucra que a la niña le corresponda probar primero que tiene esa capacidad. Para Simon (2014) esto representa un problema, ya que al ser muy “relativa” la aplicación del concepto del ISN genera un extenso margen de discrecionalidad, el cual podría ser aprovechado por la autoridad competente y dejar de lado la opinión del niño, junto con su derecho de participación dentro de un proceso judicial, argumentando su falta de madurez o corta edad (p. 138).

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, 2004) recalca que existen varios estudios los cuales demuestran que la niña es capaz de formar su opinión desde temprana edad, inclusive cuando no puede hacerlo de forma verbal (párr. 21.1) y la experiencia, el entorno sociocultural, etc., ayudan al desarrollo de la capacidad de la niña para formarse una opinión (párr. 29), por esta razón su opinión debe ser evaluada caso por caso.

Las niñas, niños y adolescentes no deben ser entrevistadas en una frecuencia más de lo necesaria ya que pueden ser revictimizadas, por esta razón, el Comité de los Derechos del Niño (2009) en su Observación General No. 12 (en adelante OG/12) establece que es deber de los Estados Parte el tomar en cuenta la situación particular de cada niña para que se sienta en un ambiente de respeto y seguridad que permita que la niña participe en el proceso y se “exprese libremente” (párr. 60).

Los procesos judiciales para el Comité de los Derechos del Niño (2009) deben ser seguros y atentos al riesgo, es decir, cuando la expresión de la opinión de las niñas puede acarrear algún riesgo, es deber de las personas adultas el tomar precauciones, generar una estrategia de protección, y reducir al mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación o cualquier otra negativa de su participación (OG/12, párr. 134. h).

El Comité de los Derechos del Niño en su OG/12 no establece algún tipo de límite de edad para que la niña pueda expresar su opinión y desaconseja a los Estados parte que implementen por ley o en la práctica cualquier tipo de límite de edad, ya que ésta en sí misma no está vinculada a su capacidad y lo que estaría pasando es que se restrinja su ejercicio del derecho a ser escuchado y aclara que la edad “en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño” (párr. 21 y 29).

La niña tiene el derecho a expresar su opinión libremente, es decir, no es una obligación y si no desea ejercerlo, se deberá respetar. Además, la opinión de las niñas, niños y adolescentes, más no el de un tercero como sus progenitores, amigos, etcétera, y debe ser

respetada en todo momento. Esto debido a que, muchas veces como se encuentra constituido el derecho, la persona que mayormente participa en representación de ella es su progenitor, es decir, no se garantiza que la persona representante sea una persona imparcial que exprese el pensamiento de su hija de tal forma que no la tergiverse a su favor.

Ecuador ha tenido un reciente avance en materia de niñez y adolescencia, el 27 de enero del 2022 la Corte Constitucional ecuatoriana con apoyo de la Unicef, aprobó el Protocolo Interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación y Escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales, instrumento que ha incorporado nuevas adaptaciones de lo dispuesto por los instrumentos internacionales como lo es el abogado del niño. El derecho el participar y expresar su opinión es de vital importancia no solo en los procesos de tenencia, sino más bien de la rama de niñez y adolescencia, por lo que una funcionaria de justicia o administrativa antes de dictar una sentencia o resolución correspondiente deben escuchar debidamente la opinión de la niña, niño o adolescente.

1.2.2. En relación con el principio de la Prioridad Absoluta

El primer esbozo del presente principio se lo puede encontrar en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (DGDI, 1924) que disponía que “el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad” (ppio.1). Bofill y Cots, (1999), explican que lo que Eglentyne Jebb (precursora de su promulgación) en realidad quería expresar era que “en épocas de dificultad, los niños pasarán delante de los adultos” (p.11), es decir, el bienestar del niño se sobrepone antes que el del adulto ya que debe recibir cuidados especiales por su condición de vulnerabilidad, sin embargo, esto fue considerado “demasiado duro”, y se cambió por el principio antes citado (Bofill y Cots, 1999, p. 11).

La CDN en su art. 4 reconoce la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas, ya sean administrativas, legislativas o cualquier otra índole “hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

El CONA por su parte dispone en su art. 12 que el principio de la prioridad absoluta consiste en la:

formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran (...). En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Patricia Calero considera que el principio de prioridad absoluta “guarda gran relación con los procesos de tenencia, ya que el principio les habilita a las juezas el usar los recursos de forma primordial y precautelar el bienestar y derechos de la niña, como en el caso de que los progenitores se encuentren en constantes peleas, las personas juezas, a razón del principio, tienen la facultad de enviar a terapia a los progenitores con el fin de que se aleje a la niña de los problemas para después resolver sobre la tenencia” (véase Anexo I). Además, para Calero, las niñas, niños y adolescentes pertenecen a un grupo de atención prioritaria, de esta forma, en virtud del principio de prioridad absoluta las juezas se encuentran en la capacidad para aplicar estos dos criterios orientadores y aplicarlo para que en la toma de decisiones ellas se encuentren por sobre las demás personas (véase anexo I).

El principio de prioridad absoluta y el del ISN son de carácter complementario entre sí, por lo que si ambos actúan de forma conjunta se estaría cumpliendo verdaderamente con el ISN. Este derecho no se limita a la creación de políticas públicas, sino responde al rol garantista de los funcionarios de justicia, especialmente de las juezas de niñez y adolescencia para con sus derechos e intereses dentro de los procesos judiciales.

1.2.3. En relación al principio de Corresponsabilidad Estado, Sociedad y Familia

Otro de los principios del Derecho Internacional Público para potenciar la protección de los derechos de la niña es el principio de corresponsabilidad parental, para el cual, el primer instrumento internacional en referirse al principio es la DGDN, pues que “siempre que sea posible el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus [progenitores], los cuales deben brindarle un ambiente de afecto y de seguridad moral y material” (ppio. 6).

Posteriormente, en 1981 con la promulgó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante CEDAW)⁴, en su preámbulo reconoce la importancia social y función de la madre como del padre en la familia y educación de los niños; en consecuencia, exige la corresponsabilidad entre ambos y la sociedad conjunta. La CEDAW compromete a los Estados Parte a “adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación relacionada especialmente con el matrimonio y las relaciones familiares, todo esto en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres” (art. 16), los progenitores poseen los mismos derechos y responsabilidades cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos (art. 36).

La aplicación de este principio, aunque está dirigido, al igual que los demás debe garantizar el efectivo ejercicio de derechos y la protección integral de niñas, niños y adolescentes, también tiene efecto (o debería tenerlo, de ser aplicado correctamente) a garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de los padres en relación con sus hijas.

La CDN (1989) en su art. 9 reconoce que frente a la separación de sus padres y/o madres las niñas continúan con su derecho a vivir con ellos, por lo que compromete a los Estados Parte a velar por la no separación en contra de su voluntad y a la obligación de garantizar el derecho

⁴ Segundo instrumento más ratificado por 188 Estados Miembro de la ONU, después de la CDN y suscrita por Ecuador el 17 de julio de 1980

de la niña a mantener contacto directo con ambos. Sin embargo, cuando este contacto vaya en contra del ISN si se pueda aplicar de forma excepcional la separación o contacto regular con uno o los dos progenitores, como es en el caso de maltrato o descuido o cuando éstos viven separados (art. 9.3). La CDN dispone al principio de corresponsabilidad parental como aquel por el cual ambos progenitores o en su defecto, los representantes legales tienen obligaciones comunes, compartidas con su hija en materia de crianza, desarrollo, con base fundamental del beneficio y cumplimiento de su ISN (art. 18.1).

El CONA dispone la corresponsabilidad parental es un deber y derecho tanto de la madre y padre en igual proporción y también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (art. 18). Además, dispone al principio como aquel por el cual “el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes” (art. 100).

La CRE, en su art. 69 dispone el compromiso de los Estados parte sobre la aplicación del principio de corresponsabilidad, pues el Estado promoverá de forma responsable la maternidad y paternidad de los progenitores, esto debido a que uno de los limitantes más grandes para la coparentalidad es el ámbito laboral, ya que históricamente el progenitor masculino era la persona que trabajaba y sustentaba el hogar mientras que la madre era la encargada del cuidado de las hijas.

Tanto la CEDAW como la CRE reconocen la importancia de promover la equidad en el trabajo para los padres o madres del niño y servicios de cuidado infantil de apoyo necesarios, con el fin de lograr que los progenitores puedan combinar sus obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y participación pública; es gracias a esta obligación que

se logra impulsar el cumplimiento de la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y obligaciones familiares (CRE, 2008, art. 46).

Los seres más afectados al no fomentarse la corresponsabilidad parental son las niñas, niños y adolescentes, puesto que es su derecho el mantener un vínculo saludable con ambos progenitores mientras no sea contrario al ISN. El compromiso de ambos progenitores es necesario para que el tiempo de interacción personal con el niño sea un tiempo de calidad, tareas de cuidado, bienestar con el fin de aportar al desarrollo integral de la niña.

1.2.4. En relación al derecho a desarrollarse en familia

La familia es considerada como la unidad base de todas las sociedades, al ser una “forma universal de organización humana” la cual funge un papel muy importante en el proceso de formación y desarrollo de la persona que ningún otro mecanismo, estructura social, económica es capaz de llevar a cabo” (Ríos, 1997), la familia es una institución histórica judicial y social que ha evolucionado a través de diferentes épocas de la civilización, por esta razón no es posible establecer una definición única de la institución de la familia.

El CONA (2003) reitera su obligación de reconocimiento y protección de la familia como el espacio “natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente” (art. 96), la cual tiene la obligación de proporcionarle “un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral” (art. 22). Mientras que la CRE en su art. 67 es primer instrumento nacional en reconocer a la familia en sus diversos tipos pues, acepta que existen varios tipos de familia, aunque no se especifica a cuáles se refiere y dispone el deber del Estado de proteger a la familia y garantizar que faciliten la consecución de sus fines.

El derecho a desarrollarse en familia es un derecho esencial de la niñez y adolescencia, que debe caracterizarse por contribuir al desarrollo integral de su persona, con todos los

aspectos positivos que puedan entregarle, y en el caso de que no fuera así velar por su seguridad y protección bajo cualquier modalidad de familia que ayude a su ISN.

1.3. Principio de Igualdad y No discriminación

La lucha por el reconocimiento de la igualdad y no discriminación tiene una antigüedad de más de dos siglos, Carbonell (s.f.) considera al principio como una vieja aspiración del ser humano, la cual fue acogida con mucho entusiasmo por el movimiento constitucional del siglo VIII, que marcó el fin del antiguo Régimen Francés, siendo la Revolución Francesa de 1789 el inicio de las luchas de ideologías igualitarias (p.51).

La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano⁵ de 1789 fue uno de los primeros instrumentos en reconocer la igualdad de los hombres ciudadanos al disponer que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...)” (art. 1). El principio de igualdad y no discriminación se desprende de la “unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” (Corte IDH, Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, serie C No. 239, 2005 párr. 79), así mismo la Corte IDH menciona que este principio ha ingresado en el dominio del *jus cogens* convirtiéndose en un principio de derecho imperativo al poseer un carácter fundamental de salvaguardia de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional (párr. 185).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969 (en adelante ICCPR), en su art. 26 dispone que todas las personas son iguales ante la ley, y se prohíbe a la discriminación por motivos de “raza, color, sexo, idioma, (...) nacimiento o cualquier otra condición social”. Años después, en el 2012, la Corte IDH, en la sentencia de Atala Riffo y niñas Vs. Chile, concluyó que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar “no

⁵ Posteriormente en 1791, Olympe de Gouges redactó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, paráfrasis del otro instrumento, siendo así en uno de los primeros en la historia en reclamar la igualdad y derechos de la mujer y la de los hombres de color (Ramírez, 2009).

son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”, por lo que como está constituida la ICCPR deja abierta a la posibilidad de que se incluyan otras categorías que no estuviesen de forma tácita (Serie C No. 239, 2012, párr. 85).

La CDN dispuso asertivamente la prohibición de discriminación “(...) de la raza, el color, (...) o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (art. 2.1.). Este apartado es muy importante, ya que nos permite concluir que las niñas, niños o adolescentes también pueden ser discriminados por las acciones de sus padres, madres o miembros de su familia. Por ejemplo, años atrás, las niñas nacidas fuera del matrimonio no tenían igual derechos que los niños que si nacían dentro del mismo, a las madres se les discriminaba y reprendía socialmente y a las niñas, niños y adolescentes también.

La Corte IDH, aclara que para que una diferenciación de trato sea considerada discriminatoria, esta debe originarse cuando no exista una justificación objetiva ni razonable, es decir, cuando “no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido” (Duque Vs. Colombia, Serie C No. 31032, 2016). La CCE, dispone la presunción de que “todos los sujetos que se encuentran en la misma situación recibirán un trato idéntico” (CCE, No. 7-11- IA/19, párr. 18), es decir, “todas las personas [deberán] ser tratadas de igual manera ante el sistema jurídico” (Ávila, 2011) (Citado por la CCE, No. 28-15-IN/21, párr. 44).

1.4. Derechos en las relaciones parentofiliales

1.4.1. Patria Potestad

En la actualidad, el Código Civil dispone que la patria potestad es el “conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (art. 183), entendiéndose a los “hijos no emancipados” como aquellos hijos o hijas desde su nacimiento hasta los 18 años que no han sido despojados de la patria potestad de forma voluntaria, legal o judicial” (art. 308). Es decir,

el Código Civil se limita a establecer que la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos menores de 18 años, cuando esta institución no solo implica el conjunto de derechos sino también el de obligaciones, aspecto que aclara el CONA, al disponer que la patria potestad implica también las obligaciones de los progenitores “relativos a sus hijos e hijas no emancipados referentes al cuidado, educación, desarrollo integral y defensa de los derechos y garantías de los [niños, niñas y adolescentes] (...)” (art. 195, 2003). El CONA dispone al ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores y este no se puede “limitar, suspender, privar o perder bajo las consideraciones de los artículos 111, 112 y 113” del mismo código.

Simon (2009) agrega que la patria potestad en Ecuador posee dos ámbitos: el personal y el patrimonial, siendo este último al que se refiere el Código Civil ecuatoriano y más no a los campos personales. El ámbito personal versa sobre el deber de cuidado “asistencia física, moral y educación”, mientras que el segundo implica “los deberes y facultades de representarlos y administrar sus bienes” (Acuña) (citado por la CCE- 28-15-IN, 2021, párr. 123).

Rospigliosi (2004) recalca que la patria potestad no implica una relación vertical entre los padres e hijos, sino más bien una horizontal en la que ambas partes gozan de derechos y tienen obligaciones que deberán cumplir, es así como se toma en cuenta los intereses de la hija por sobre las de los progenitores, puesto que su fin es “permitir que los padres busquen y logren en desarrollo integral de sus [hijas]” (p. 239).

1.4.2. ¿Tenencia, cuidado o crianza?

La institución de la “tenencia” tiene muchas acepciones ya que en algunos países usan la terminología de custodia, guarda o tuición. Simon (2021) aclara que “la institución de la

tenencia es el equivalente a la guarda o custodia de otras legislaciones, ya que esta se refiere al cuidado físico del hijo o hija y los derechos - deberes que se derivan de esta situación” (p. 356).

La Corte Constitucional ecuatoriana recalca en la sentencia No. 064-15-SEP-CC que la terminología de la tenencia es impropia (párr. 24) ya que el Código Civil otorga el nombre a la institución de la tenencia como si las niñas, niños y adolescentes fueran objetos, al disponer que esta es relativa a “una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre” (art. 715). El continuar usando esta terminología, implica que se siga viendo a las niñas, niños y adolescentes como objetos de protección, sin embargo, se continuará usando para el desarrollo del presente trabajo, ya que es parte de la normativa nacional.

Existen algunos tipos de tenencia como lo es el anidamiento o anidación que es cuando aquella “los hijos e hijas tienen un hogar fijo y a este se mudan alternamente los progenitores” (Simon, 2021, p. 61). La tenencia o guarda dividida o exclusiva es aquella “forma de custodia más frecuente adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo. Implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro” (Catalán, M., et al 2008, p. 134), y la tenencia o guarda alternada es aquella en la que:

cada uno de los progenitores tiene la tenencia del hijo o hija de modo alternado por un período de tiempo establecido, por semanas, meses o años o partes de una semana o repartos de diario organizado. En este período, el progenitor a cargo asume todos los deberes y responsabilidades de la patria potestad. Una vez concluido el tiempo establecido en el acuerdo, le corresponde la tenencia en iguales condiciones al otro progenitor (Simon, 2021, p. 361).

Por último, la tenencia o guarda compartida es aquella se le “entrega material del cuidado del hijo o hija a los dos progenitores. Los dos se dividen las responsabilidades de naturaleza legal y comparten las decisiones relevantes respecto de los hijos e hijas” (Simon, 2021, p. 361).

La tenencia no solo cobra relevancia cuando los progenitores atraviesan un divorcio o separación, sino que el hecho de que no conviva con uno de ellos de forma cotidiana implica el derecho, puesto que podrían sufrir de un menoscabo de su derecho a la corresponsabilidad parental o alteración a la paz familiar por los desacuerdos entre los progenitores y con el fin de protegerlas legislador crear esta institución de la tenencia.

CAPÍTULO II: DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PREFERENCIA MATERNA DEL ART. 106 DEL CONA

2.1. Preferencia materna y la doctrina de los Años Tiernos en Ecuador

La doctrina de los Años Tiernos o presunción de los años tiernos es una doctrina desarrollada y enraizada en muchos ordenamientos jurídicos que favorecen la tenencia materna bajo el supuesto de “toda madre goza per se de las aptitudes suficientes para dispensar los cuidados que requieren los hijos”, por esta razón, “los niños de corta edad eran entregados a la madre, a menos que ella presentase una incapacidad manifiesta para desempeñar dicho cometido” (Lathrop, 2008, p. 15). Para Hartenstein (2016) la doctrina de los Años Tiernos al ser considerada como un principio legal “otorgaba la custodia a las madres basándose en la idea de que las madres eran cuidadoras naturales con habilidades de crianza y tenían una conexión más biológica con sus hijos” (p.1, traducción propia).

Lathrop (2008) explica que la doctrina de los Años Tiernos surgió en “Inglaterra aproximadamente en 1880 y fue aplicada con rigor hasta la década de los setenta en Estados Unidos” (p. 15), mientras que para Hartenstein (2016) la “doctrina de los Años Tiernos surgió por primera vez en el derecho de familia en 1881” (p. 2, traducción propia). Lo cierto es que el desarrollo y surgimiento de la doctrina se dio en distintas fechas, ergo, no se puede precisar una fecha exacta universal, sino más bien solo una aproximación.

Klaff (1982) detalla que antes de la incorporación de la doctrina de los Años Tiernos “era derecho consuetudinario que los padres [hombres] recibieran la custodia de los hijos menores después de un divorcio” (p. 2 traducción propia). Ya que “los niños y las mujeres eran vistos como propiedad de su padre y esposo, y las mujeres tenían pocos o ningún derecho” (Jones, 1977, p.78) (citado por Hartenstein, 2016, traducción propia). De igual forma, Polikoff (1982) (citado por Lathrop, 2008) considera que:

el establecimiento de la preferencia maternal en las decisiones sobre el cuidado personal fue positivo para los hijos en la medida que reflejó un cambio en la concepción de los menores como propiedad y reconoció sus supremas necesidades de cuidado y crianza. Sin embargo, no fue una doctrina legal apropiada y útil por mucho tiempo, pues, poco a poco, desapareció la noción que asignaba sólo a las madres la ejecución de dichos roles (p. 15).

La CCE en su sentencia, N. 021-11-SEP-CC, detalla que la doctrina de los Años Tiernos presumía que:

toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los/las hijos/as y que el/la niño/a durante sus primeros años de vida necesita más a su madre que a su padre dado que la primera posee una mayor capacidad de cuidado que el segundo (2005, p. 11)

Respecto a la definición de primeros años de vida o años tiernos Hartenstein (2016) explica que esta variable dependía de cada sistema judicial, “por esta razón, los años tiernos pueden incluir una variedad de rangos de edad. Para algunos, los años tiernos estaban destinados a niños de cuatro años o menos y para otros era de siete años o menos” (p. 2, traducción propia). Además, para la autora, la doctrina de los Años Tiernos presume que:

la custodia debe otorgarse a las madres después de un divorcio, ya que son los padres más capaces y equipados para satisfacer las necesidades de sus hijos. Se consideró que las madres brindaban el mejor y más adecuado cuidado para las necesidades físicas, emocionales y psicológicas de un niño pequeño. Cuando todas las consideraciones sean iguales, los niños pequeños o tiernos, o las niñas mayores, serán criados y recibirán los mejores cuidados de sus madres (p.2, traducción propia).

Pica (1995) (citado por Hartenstein, 2016) explica que los argumentos originados de la Doctrina de los Años Tiernos, “no necesitan apoyo ya que es natural y la maternidad es instintiva” (p. 2). Además, que el concepto de “aptitud” o “capacidad” sobre el cuidado de las madres a sus hijas e hijos fueron incorporados en base a prescripciones de género que “valoraban a las mujeres como seres sensibles y protectores cuyas funciones principales en la sociedad giraban en torno a la supervisión del hogar y la familia, pero en particular su papel en la crianza de los hijos” (Bennett, 2014, p. 23, traducción propia).

La Doctrina de los Años Tiernos es aplicada bajo la idea de que es “la mejor forma de proteger a los hijos y que sirvieron de inspiración a una tendencia legislativa y jurisprudencial

que aún es aceptada social y fuertemente arraigada en numerosos ordenamientos jurídicos” (Lathrop, 2008, p. 15). Hartenstein (2016) considera que la Doctrina de los Años Tiernos fue implementada en el sistema judicial y “reflejaba el estereotipo social de que el crecimiento y desarrollo saludable de los niños era más probable que ocurriera en el cuidado de, y siendo criados por sus madres” (p. 2, traducción propia). Para Mason (1994) (citado por Rose y Ho Po, 2014) la Doctrina de los Años Tiernos ocasionó que “la crianza materna [sea considera] el factor más importante en la provisión de los mejores intereses de los niños de tierna edad. Esto dio lugar a la preferencia por la custodia materna” (p. 5, traducción propia). Y el hecho de que “a fines del siglo XIX, una madre soltera por defecto era la única custodia de su hijo” (Rose y Ho Po, 2014, p. 5, traducción propia).

Klaff (1982) explica que la doctrina de los Años Tiernos se basa en dos supuestos, el primero como “principal necesidad de un niño es el cuidado y el amor de su madre” y la segunda suposición el que “la madre está en mejores condiciones que el padre para brindar el cuidado, el amor y atención que necesita un niño pequeño” (p. 343, traducción propia). El primer supuesto ha sido criticado ya que “la base de que lo que un niño necesita no es su madre, sino "ser madre", una función que puede ser desempeñada por otra persona que la madre biológica” y el segundo supuesto ha sido criticado por ser un “estereotipo sexual obsoleto”, ya que se argumenta que “los hombres (...) son tan capaces como las mujeres de realizar funciones de crianza de los hijos” (p. 343, traducción propia). Este aspecto ha sido demostrado por medio de algunos estudios realizados, como lo es el estudio de Clarke, Hayward (1996), Nygaard (1998) y Vallejo; Sánchez, F; Sánchez, P. (2004).

Vallejo; Sánchez, F; Sánchez, P. (2004) explican que:

resulta esencial el establecimiento de relaciones de vinculación afectiva o de apego del niño con sus progenitores o figuras que se encarguen de su cuidado. Ya al final del primer año de vida, el bebé está ligado afectivamente con ciertas figuras significativas de su entorno cercano, aunque será

desde entonces cuando tales relaciones se van a enriquecer y a afianzar a partir de un proceso interactivo con las personas que le son importantes, precisamente las llamadas figuras de apego (p. 92).

Clarke y Hayward (1996) detallan que en un estudio de 187 niñas y niños de edad escolar de los cuales 72 de ellos el padre tenía la custodia y 115 tenía la custodia las madres se evaluaron algunas variables de bienestar psicológico como (autoestima, ansiedad, depresión, conductas problemáticas), probaron dos hipótesis:

a los niños les va mejor (1) si tienen más contacto con el progenitor no residente y (2) si las circunstancias en el hogar del [progenitor] residente son más favorables, (..) los niños (especialmente los varones) obtuvieron resultados significativamente mejores bajo la custodia de sus [progenitores hombres]. Además, los niños bajo la custodia de su padre tenían la ventaja de mantener una relación más positiva con el [progenitor] no residente, la madre (...) No se encontró ninguna ventaja de género para las niñas bajo la custodia de la madre (p. 239). [sig.] como padres custodios, los padres [hombres] pueden ofrecer a los niños un entorno que promueva su bienestar psicológico y relaciones cercanas continuas con su madre sin custodia (p. 265, traducción propia).

Nygaard (1998) en su estudio seleccionó dos muestras probabilísticas de igual número de padres con tenencia que de madres con tenencia, y encontró una estrecha asociación entre la tensión de sus progenitores con el bienestar de sus hijos, y que “los [progenitores hombres] del estudio tenían mejores trabajos, menos desempleo y menos problemas psicológicos. En consecuencia, eran menos severos con los niños pequeños que las madres” (p. 41, traducción propia).

Estos estudios revelaban dos conclusiones, la primera, que lo que una niña o niño necesitan para su cuidado es a un ser con quien podan desarrollar un vínculo emocional, sin valorar su género, la segunda conclusión es que para grupo de estudio, las niñas y niños en edades escolares se encontraban mejor con la custodia paterna, sin embargo, los autores recalcan que no tenían como objetivo el “proporcionar un mandato para los hombres”, es decir, un favorecimiento para la tenencia paterna, sino más bien se tenía por objetivo el usar los resultados para “alentar a los padres a seguir involucrados con sus hijos después de un divorcio, ya sea asumiendo la custodia o brindando un contacto parental de "servicio completo" cuando

están con el niño” (Clarke y Hayward, 1996, p.239, traducción propia), y así “[abrir] puertas para discusiones sobre la custodia paterna y subraya la necesidad de que los profesionales evalúen el interés superior del niño en cada caso individualmente” (p. 239, traducción propia).

Para Gregorio (2010) (citado por Barcia) el aceptar que la madre es la persona más idónea, en relación con el padre, “se torna en un principio doctrinario del feminismo de género, sin bases científicas que documenten una aptitud específica de la mujer relacionada con la función que está llamada a desarrollar en los primeros meses y años del hijo” (p. 43-44).

La Doctrina de los Años Tiernos puede ser observada en algunas legislaciones ya derogadas, como fue el caso de España. Al respecto Picontó (2012, p.59) señala que:

(...) hasta la reforma legal de 1981 todos los hijos quedaban bajo la guarda del cónyuge de buena fe o “inocente” –no culpable– de la separación (antiguo artículo 73 Cód. Civil). Si ambos padres habían actuado de buena fe o eran “inocentes”, los hijos quedaban a cargo del padre y las hijas de la madre (arts. 70 y 73 Código Civil). Y, en cualquier caso, los hijos menores de 7 años quedaban al cuidado de la madre, salvo que el juez decidiera de otro modo por motivos especiales (citado por Barcia, 2017).

Posteriormente, Barcia (2017) aclara que la Ley No. 11/1990 modificaría este artículo de la preferencia materna por ser considerado por la Corte Constitucional española como discriminatoria y el 19 de julio del 2013 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, el cual eliminó la excepcionalidad de la custodia compartida y cambió el término de visitas por el de “régimen de estancia, relación o comunicación de los hijos”. Es decir, en España se favorece la tenencia compartida, al disponer que “el Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida” (art. 1).

En Argentina, la preferencia materna se encontraba dispuesta en el art. 213 del Código Civil, el cual disponía que “los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo

causas graves que afecten el interés del menor”, dicho articulado fue derogado por la Ley 26.061 que adopta el régimen de custodia compartida en virtud del principio de corresponsabilidad parental.

En Chile, el art. 223 de su Código Civil disponía que “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”, al revisar su jurisprudencia, Barcia (2017) observó que sus cortes:

asignaban el cuidado personal al padre en consideración al principio del interés superior del niño, en su función de protección de la infancia y no de desarrollo de derechos. De este modo, los tribunales se centran en una inhabilidad de la madre, de menor rango que la establecida en el antiguo artículo 226 del [Código Civil Chileno]; pero no consideraban que era lo mejor para el niño, en razón de su desarrollo. En otras palabras, sólo se tenía una noción garantista de los derechos de la infancia, que no se centraba en el desarrollo de dichos derechos (p. 477).

De esta forma, en el 2005, Chile realizó algunas modificaciones a la norma para optar por la Ley de papá o Ley 15/2005 y finalmente disponer:

si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos (Ley 15/2005).

En algunos estados de Estados Unidos, la Doctrina de los Años Tiernos fue considerada como una forma de “presunción legal (...) como una "regla general" o "presunción natural"” (Klaff, 1982, p.336, traducción propia), y en algunos estados como el de Alabama, la Suprema Corte de Alabama de 1981 sostuvo que “la presunción tradicional de la tierna edad, refutable solo mediante la demostración de la incapacidad de la madre, viola la 14.^a enmienda” (p. 369, traducción propia). De igual forma, Rose y Ho Po (2014) describen que el Tribunal de Familia de Nueva York en el caso *Watts vs. Watts* de 1973 declaró que “la aplicación de la presunción de los años tiernos privaría al demandado de su derecho a la igual protección de la ley en virtud de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos”(p. 5, traducción propia). De esta forma, en algunos estados sus legislaciones derogaron la Doctrina de Los Años

tiernos, como el estado de Minnesota que en su Estatuto No. 518.17 del 2021 dispone que “al determinar la custodia, el tribunal considerará los mejores intereses de cada niño y no preferirá a un [progenitor] sobre el otro únicamente en función del sexo del [progenitor]” (traducción propia).

En Ecuador el CONA en sus numerales 2 y 4 del art. 106 se disponía las reglas de asignación de la tenencia donde se evidenciaba a la preferencia materna:

2. A falta de acuerdos 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 ellos se perjudican los derechos del hijo o la hija.
4. Si ambos progenitores demuestren iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.

El 24 de noviembre del 2021 la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia No. 28-15-IN/21 declaró inconstitucional el fondo de los numerales, en donde se debían demostrar dos hipótesis, el que la norma (i) vulneraba el principio de igualdad y perpetuaba estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal; y que la norma (ii) contradecía el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes. La CCE concluyó que:

229. La norma impugnada es contraria al interés superior de [niñas, niños y adolescentes] porque no evalúa en cada caso su bienestar y, a falta de acuerdo entre progenitores, se encarga la tenencia de forma preferencial y prioritaria a la madre. La regla resulta contraria al principio de corresponsabilidad parental, la cual tiene su fundamento en el principio de interés superior de [niñas, niños y adolescentes]. Cabe agregar que sería erróneo interpretar que la tenencia exclusiva es contraria a la corresponsabilidad parental. Al contrario, la corresponsabilidad parental debe ser ejercida [aún] en contextos en que la tenencia sea exclusiva, para que padres y madres procuren mantener de forma equitativa derechos y obligaciones atendiendo al fundamento del principio, el cual es buscar el interés superior de [la niña, niño y adolescente].

230. Reconociendo que la declaratoria de inconstitucionalidad es de ultima ratio, esta Corte observa que la norma impugnada es inconstitucional por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, al interés superior de [niñas, niños y adolescente] y a la corresponsabilidad parental, por lo que debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Actualmente los numerales 2 y 4 del CONA disponen que:

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, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones.

Existieron algunos argumentos a favor de la preferencia materna y otros en contra de la declaración de inconstitucionalidad, desarrollados en los distintos *amicus curiae* presentados. La Corporación de Estudios Decide y las voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador sostienen que, por los altos índices de violencia en contra de las mujeres, que según el INEC (2019) 6,5 de cada 10 mujeres han sufrido algún tipo de violencia de género, y que “dada la histórica y ancestral discriminación contra la mujer en muchos ámbitos de la vida, se podría considerar como una medida de acción afirmativa a favor de las mujeres” (CCE, No. 28-15-IN/21, párr. 8). De esta manera, se previene la violencia vicaria que es definida como un tipo de violencia de género por el cual el hombre es quien “ejerce el daño/venganza sobre la mujer a través de los hijos” (párr. 235), ya que:

las mujeres [podrían] salir de una relación, sea esta violenta o no; con la certeza de que, ante la falta de acuerdo, el cuidado y protección de sus hijos va a quedar a su cargo, que no los va a perder, que no van a quedar bajo el cuidado de quien no ha realizado estas tareas de cuidado en la relación y que, en los casos en que existe violencia intrafamiliar (p. 5).

Además, que:

[la] preferencia materna, en su calidad de medida de acción afirmativa, no se encuentra encaminada a modificar los patrones socio-culturales por los que las mujeres en el Ecuador siguen siendo las dadoras principales de cuidado en nuestra sociedad; ya que esta norma no destruye el presupuesto por el cuidado sería el rol natural de las mujeres [sic]. Para ello se deben implementar políticas públicas y otras medidas normativas (como la Licencia por paternidad prevista en la normativa laboral), que prácticamente no han sido implementadas (CCE, No. 28-15-IN/21, párr. 96).

Por esta razón en el *amicus curiae* comentado *supra*, argumentaba que la norma no era discriminatoria, sino más bien que “social e históricamente se ha impuesto a la madre la obligación de asumir el rol de cuidadora” (traducción propia). Klaff (1982) coincide en este aspecto y explica que la Doctrina de los Años tiernos no se basa en un supuesto de género sino más bien sobre el hecho de que la madre ha sido la principal cuidadora de las hijas e hijos, y que a pesar de que la maternidad pueda ser:

una función neutra desde el punto de vista del género, esta línea de argumentación contra la doctrina de los años tiernos es defectuosa, pues asume que la preferencia materna no se basa únicamente en el género y/o la maternidad biológica, ya que en realidad la preferencia se basa principalmente en el hecho de que la madre ha desempeñado la función materna, es decir, que ha sido la principal cuidadora (p. 344, traducción propia).

Sin embargo, en la actualidad existe una doctrina la cual responde a la idea de otorgar la tenencia de la niña, niño o adolescente al cuidador principal analizando caso por caso desde una concepción neutra de género, esta es la Doctrina del Dador de Cuidados Básicos. Ésta doctrina establece que las niñas, niños y adolescentes necesitan de un cuidado diario, es decir:

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 (CCE, 021-11-SEP-CC, caso N.º0317-09, p.11).

La Doctrina del Dador de Cuidados Básicos propone la atribución de la tenencia de la niña a la persona que asumió el cuidado y desarrollo diario de la niña, y por ende un vínculo fuerte, “especialmente cuando son muy pequeños, favoreciendo de esta manera a quien más se involucró durante la convivencia anterior a la separación o divorcio” (Goiriena, p. 53). Es decir, la Doctrina del Dador de Cuidados Básicos tiene como fin el evaluar caso por caso cuál de los progenitores se ha preocupado mucho más en su cuidado analizando con el fin de otorgar la tenencia.

Para la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia No. 28-15-IN/21 este argumento de la acción afirmativa del amicus *supra*, fue considerada como un “raro argumento” (párr. 13) y detalla que una acción afirmativa “está diseñada para cambiar situaciones que impiden el acceso al ejercicio de un derecho por parte de personas que nunca o difícilmente lo han ejercido” (párr. 13). Un ejemplo de acción afirmativa es el establecimiento de una cuota para acceso en la universidad de aquellos grupos de personas que nunca o de forma excepcional han podido ingresar a la universidad como lo son las personas afrodescendientes, indígenas, etc. por esta razón, la CCE concluye que “no cuadra el argumento

de que, porque son discriminadas en muchos ámbitos las mujeres, se les otorgue como acción afirmativa más de lo mismo” (párr. 13).

De igual forma María José Machado Arévalo en su *amicus curiae* acusó que “en estudios actuales que se han realizado en países donde se ha aprobado la custodia compartida impuesta como forma de promover la corresponsabilidad se ha demostrado cómo leyes en apariencia igualitarias discriminan por resultado a las mujeres” (párr. 6). Sin embargo, no citó ninguna referencia de dónde obtiene esta afirmación que logre respaldar esta información, más bien no existe un estudio certero que demuestre que, a raíz de la incorporación de la tenencia compartida, en aquellos países que la han agregado, se haya aumentado los niveles de violencia vicaria y que sea debido a la incorporación normas neutrales, por el contrario, Rose y Ho Po (2014) detalla que en Kansas las “leyes de custodia neutrales al género introducidas a partir de la década de 1970 proporcionaron a los padres casados, en principio, los mismos derechos de [tenencia]. Las leyes posteriores neutrales al matrimonio extendieron los derechos a los padres solteros” (p. 3, traducción propia). De esta forma, “las leyes neutrales en cuanto al género otorgaron a los tribunales mayor libertad para otorgar la custodia a los padres casados” (traducción propia), es así como, “en la actualidad, las leyes de custodia en al menos 21 estados son neutrales tanto al matrimonio como al género” (traducción propia). Por lo que:

ahora es mucho más probable que los padres obtengan la custodia en comparación con la era de la revolución anterior al divorcio. Si bien la mayoría de los padres con custodia siguen siendo madres, entre 1958 y 1989 el número de familias con solo padre aumentó casi un 300 por ciento, y la mayor parte del crecimiento se produjo después de 1973 (Meyer y Garasky 1991). En 2009, había casi 2,5 millones de padres con custodia en los Estados Unidos, y 1 de cada 6 [progenitores] con custodia eran padres. Y entre estos [progenitores] con custodia, el 24,7 por ciento nunca se había casado (Oficina del Censo de EE. UU. 2011). Es probable que estas tendencias continúen ya que los padres son cada vez más tratados como iguales en las decisiones de custodia (p. 3, traducción propia).

María José Machado Arévalo en su *amicus curiae* citado *supra* detalla que:

Las madres, por lo general, tienen inferiores condiciones financieras en relación a los padres. El criterio sobre quién se vincula mejor con hijas e hijos puede dar paso a decisiones injustas.

El impacto social, financiero y psicológico en el que las mujeres se ven en vueltas en las disputas por la tenencia y patria potestad de sus hijas e hijos son perjudiciales (párr. 7).

Para este punto, la CCE concluye que frente a cualquier decisión que se tome sobre aspectos relacionados a las niñas, niños y adolescentes se debe enfatizar en aspectos como el “establecer el régimen de visitas (...) en el encargo de la tenencia, se debe tomar (...) todas las medidas necesarias y conducentes a descartar la existencia de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica intrafamiliar y patrimonial o económica” (No. 28-15-IN/21, párr. 240).

La Corporación de Estudios Decide y las voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador en su *amicus curiae* citado *supra* agregan otro argumento, el de la lactancia materna, puesto que:

los primeros años de vida constituye un mecanismo de garantía de derechos para las niñas y niños lactantes, en especial en sus primeros 6 meses de vida e idealmente al menos hasta sus primeros dos años de vida, salvo que la misma se mantenga, como bien puede suceder, por el propio beneficio en su desarrollo integral. No puede olvidarse que la práctica de la lactancia además garantiza el pleno ejercicio de otros derechos humanos, especialmente el de la salud (p. 10).

La CCE respecto a este argumento concluye que:

Si bien la madre, por razones biológicas como la lactancia, puede encontrarse cerca del hijo o hija; esto no conlleva una justificación absoluta para que preferentemente se le encargue la tenencia. No es posible concebir que la madre, en todas las situaciones, será más idónea o estará más capacitada que el padre (párr. 72).

María José Machado Arévalo en su *amicus curiae* indicó que “es importante no idealizar la figura de la madre natural pero tampoco dar por hecho que los padres deban asumir automáticamente la tenencia de hijas e hijos” (párr. 7). Es menester entender que la declaración de inconstitucionalidad de la preferencia materna no tiene como fin el otorgar automáticamente a un progenitor. De hecho, el Comité de los Derechos del Niños en su Observación No. 14 dispone que es “contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos” (párr. 67). Por esta razón, con la declaratoria de inconstitucional de los numerales se presenta un reto para el sistema de justicia

que es el poseer el personal judicial capacitado para realizar un estudio personalizado de cada niña con el fin de otorgar su tenencia, más no hacerlo de forma absoluta.

La CCE destacó que la preferencia materna “[establecía] un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como lo es el sexo, en lo referente a la mujer” (párr. 53) y luego de un análisis concluyó que “la regla de la norma impugnada contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre” (párr. 153) y que “independientemente del género de los progenitores. Ambos padres [son] igualmente aptos”, además que debido a la existencia de la preferencia materna por la Doctrina de los Años Tiernos en las reglas de asignación de la tenencia:

imponía al padre una carga probatoria para demostrar la ineptitud positiva de la madre. En consecuencia, la Corte estableció que la doctrina generaba una clasificación basada en el sexo y que impedía que el interés superior de [niñas, niños y adolescentes] se aplique en su totalidad (párr. 177).

[sig.] la regla de la norma impugnada no explica por qué a los hombres, pese a ser progenitores, no se les debe encargar la tenencia, aunque tengan las mismas condiciones que la madre. La justificación empleada presume que un padre “no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos (párr. 179).

Además, la CCE razona sobre que la regla de la preferencia materna “perpetúa estereotipos y roles de género y crea una situación de desventaja entre los progenitores, al imponer una carga a la madre por el solo hecho de ser mujer” (párr. 182), puesto que:

el rol de género asignado a la mujer se encuentra estrechamente relacionado al rol de género tradicional que se le ha asignado al hombre como el proveedor de la familia, capaz de garantizar la satisfacción de necesidades económicas y de “protección”, mas no involucrado en el cuidado de [niñas, niños y adolescentes]. Ambos roles de género ocasionan que cultural y normativamente se asigne, de manera automática y preferencial, el cuidado de los hijos a la madre (párr. 169).

Los estereotipos son “creencias sobre colectivos humanos, que se crean y comparten entre los grupos, dentro de una cultura determinada. Los estereotipos sólo llegan a ser sociales, cuando son compartidos por un gran número de personas dentro de grupos o entidades sociales”

(Alfaro, Segarra, Estrella, Torres y Minango, 2017, p. 50) y “los estereotipos crean a su vez los roles de género, es decir, la forma en la que se comportan y realizan su vida cotidiana hombres y mujeres, según lo que se considera apropiado para cada uno” (Magally, 2011) (citado por Aguilar, Valdez y González, 2013, p. 209).

Las mujeres no nacen con habilidades innatas otorgadas por su sexo, y el hecho de que la mujer las realice perfectamente o no ¿es rara y desafía su naturaleza? Es menester creer que no, porque es extraño y más bien perpetúa roles de género, pero ¿por qué es negativo la perpetuación de roles de género? Porque las mujeres merecen vivir en una sociedad que no imponga un modo comportamental o de pensamiento, o peor aún, cuál es su fin preferencial, como el de cuidar a una niña, niño y adolescente porque de este punto derivan ideas más radicales como el que la mujer únicamente es útil para el trabajo del hogar, o que la mujer debería desarrollarse en ciertas profesiones por su “naturaleza”.

La responsabilidad del cuidado no corresponde solo y únicamente a las madres, sino que es un deber y derecho de ambos progenitores, Ávila (2021) en el voto concurrente de la sentencia No. 28-15-IN/21, menciona que “lo ideal no es que sigan las madres ejerciendo casi exclusivamente el cuidado de hijos e hijas, sino que padre y madre compartan ese cuidado” (párr. 9).

Sin embargo, Martínez (2021) abogada y vicepresidenta del Consejo de Protección de Derechos, en una entrevista realizada por el periódico El Comercio (2022) señalaba que “en el país hay altos índices de violencia dentro de los hogares (...) los niños y niñas y las mujeres son vulnerados constantemente por sus parejas o exesposos”, por esta razón, hay un temor de que “este instrumento se convierta en una forma de presión contra las madres cabezas de familia que deben mendigar por pensiones (alimenticias para sus hijos)”.

El 11 de junio del 2021, el periódico El Comercio aclaraba lo divulgado en redes sociales sobre el pago de pensiones alimenticias, con este texto: “Guillermo Lasso no ha eliminado las pensiones alimenticias, según aviso que circula en redes sociales”, esto debido a que varios usuarios en Facebook y Twitter hicieron viral una imagen titulada “Lasso elimina las pensiones alimenticias, que muestra al actual mandatario, quien tomó posesión el 24 de mayo de 2021, mientras firma un documento oficial con la banda presidencial puesta”. Además, El Comercio agrega que la imagen fue compartida más de 1800 veces por lo que generaron un conglomerado de mensajes machistas derivadas de la noticia, este es un ejemplo de cómo en Ecuador persisten rasgos de una cultura machista poco informada, siendo así un claro limitante junto con los altos índices de violencia de género para la promulgación de una norma neutra que fomente la custodia compartida, sin embargo, se necesita de un trabajo en conjunto con la implementación de políticas públicas, reformas institucionales que contribuirían a la mejora de las instituciones actuales y así la reforma de la tenencia no ocasione un daño mayor.

La declaración de inconstitucionalidad de las reglas de tenencia sobre preferencia materna es un gran paso para la garantía de los derechos no solo de igualdad de las mujeres, sino más bien de las niñas, niños y adolescentes y el crear una norma neutra en beneficio del ISN de la niña es necesario en los procesos de tenencia. Un cambio tan pequeño como la declaración de inconstitucionalidad del fondo de una ley de tenencia contribuye para el cambio de la narrativa patriarcal que ataca no solo a las mujeres sino a toda la sociedad en general, con el fin de que las niñas y mujeres puedan completar su desarrollo sin que se les considere desde tempranas edades que están mejor capacitadas para cuidar a alguien más, porque podrían serlo como no y esto no debería condicionar su valor como mujer, puesto que se nace por “naturaleza” con estas habilidades de cuidado.

2.1.1. Preferencia materna y su incidencia en la debida motivación

El ISN al ser un concepto indeterminado depende del criterio de la persona que vaya a tomar la decisión, por lo que se aumentaba su discrecionalidad en la aplicación, es decir, se generaba un fenómeno que Simon (2014) denomina como “discrecionalidad abusiva”. Se analiza cómo se encontraba redactada la norma de la preferencia materna y cómo ésta incidía en la debida motivación de las resoluciones de tenencia.

La Corte IDH en el 2007, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador menciona que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos tomadas por los órganos internos deben estar debidamente fundadas, pues de lo contrario serían arbitrarias” (Serie C No. 170, par. 107). Además, que la motivación es la "exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"(párr. 107).

La CRE (2008) consagra la motivación como un derecho de protección, contenido a su vez dentro de las garantías del derecho a la defensa y del debido proceso. En el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), el derecho de la debida motivación se encuentra dispuesto en su art. 76, literal I, y en su art. 130, numeral 4, al disponer al derecho como facultad esencial de las personas juezas el motivar debidamente sus resoluciones.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en su art. 4, numeral 10 dispone que la jueza “deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte” y por su parte el COGEP en su art. 89 dispone que la motivación es una parte esencial de los principios del debido proceso.

La CCE en su reciente sentencia No. 1158-17-EP/21 eliminó la prueba de motivación y concluye que en realidad el test no garantiza una correcta motivación, para lo cual se establece

una “estructura mínimamente completa” de motivación, que obliga a las juezas a que enuncien las normas, hechos y su pertinencia (en qué se fundamenta la resolución del caso), además, que se deben analizar cómo las pruebas impartidas han permitido o no demostrar los hechos.

El CONA, en su art. 291 dispone como requisito en la motivación del auto resolutorio sobre la tenencia, el considerar “obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído”.

Las sentencias de tenencias al no causar ejecutoría no son susceptibles de conocimiento por parte de la Corte Nacional, esto en concordancia con lo dispuesto por el art. 266 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), ya que el recurso de casación procede “contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”. Por esta razón, Machado (2018) visualiza una debilidad en los casos de tenencia al no poseer un “órgano de suprema jerarquía que revise los fallos anteriores” (p.57), sino que el órgano competente para el conocimiento de casos de tenencia es la CCE, cuando se hayan violentado derechos inherentes a las niñas, niños y adolescentes.

Para (Simon, 2021) la discrecionalidad es “una práctica aceptada en cuanto al margen de decidir que tienen los jueces” (p. 455). Para Masciotra (2015) (citado por Flórez y Mojica) la discrecionalidad consiste en:

el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado. Jamás se lleva a cabo en forma absoluta e indeterminada, siempre debe ser debidamente fundada y se encuentra sujeta al control de racionalidad y razonabilidad. Más que una prerrogativa debe ser entendida en términos de responsabilidad jurisdiccional (p. 8).

Es decir, las juezas que deben tomar una decisión poseen un grado de discrecionalidad para tomar la decisión pertinente, sin embargo, existe la posibilidad de que esta misma discrecionalidad genere inseguridad para las partes, así lo detalla Soletto, (2003) (citado por Simon, 2021) ya que sostiene que:

Un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez a cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información posible, lo que pueda llevar a atrasos o maniobras entre las partes (p. 456).

La discrecionalidad abusiva es definida por Simon (2021) como la “imposición de preferencias, creencias o valores de los jueces en los asuntos que conocen y deben resolver, aprovechando ese margen de discrecionalidad que le otorga un concepto jurídico indeterminado, en este caso, en Interés Superior del Niño” (p. 455). De esta forma, frente a la presencia de conceptos indeterminados las personas encargadas de la toma de decisiones que conozcan y resuelvan aspectos relacionados deberían realizar una “aplicación “racional” de ese interés, es decir [una] reducción de la discrecionalidad abusiva de parte de los jueces, cuando toman una decisión en nombre del interés del niño” (Simon, 2014, p. 163).

Sin embargo, “no es posible evitar los riesgos asociados a la aplicación discrecional de un concepto indeterminado como el interés del niño, su vaguedad traslada la atención al momento de la aplicación del principio” (p. 163), por lo que al momento de aplicar el ISN en la toma de decisiones se deberá “examinar la forma en que se resuelve los problemas de indeterminación de las normas al momento de su aplicación a un caso concreto”(p. 167), especialmente se deberá “realizar una revisión de la forma en que se encara la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y cómo los jueces justifican sus decisiones a partir de ellos” (p. 167) con el fin de que se realiza una debida motivación, prestando mucha atención cuando las decisiones puedan afectar derechos fundamentales, o en su defecto pueda existir una

“restricción de derechos, como en el caso del [ISN] que puede emplearse para limitar, restringir o pasar por alto otros intereses en juego, a la vez que puede llegar a ser utilizado como pretexto coartar derechos del principio [de niñas, niños y adolescentes]” (p. 165).

Algunos autores se encuentran preocupados debido a la indeterminación del concepto del ISN y cómo este muchas veces es usado para justificar sus creencias o estereotipos al momento de aplicar la norma, así lo detalla Simon (2014), ya que para él existe un temor de que el ISN sea usado para:

justificar preferencias, prejuicios, opciones personales, aprovechándose de la indeterminación del concepto y las facultades “discrecionales” otorgarle al juez para decidir su alcance al caso concreto, pero no es posible- al menos en el contexto latinoamericano- sustraerse de las amenazas producto de la arbitrariedad en su aplicación (Simon, 2014, p. 168).

Linacero (2001) (citado por Simon, 2021) explica que esta preocupación que se ha extendido a lo largo de la doctrina latinoamericana y anglosajona, el hecho de que el concepto indeterminado del ISN permita a las juezas o las personas encargadas de su valoración el imponer sus:

opciones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento, sin llegar a la arbitrariedad (no consideración de hechos relevantes, no aplicación de normas, falta de motivación, violación de precedentes sin justificación), pero escudándose en ese concepto indeterminado. A eso, la imposición de preferencias y restricciones a los derechos en nombre del interés del niño sin llegar a la arbitrariedad (p. 457).

La RAE (2022) define al término arbitrario como aquello que es “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”. Es decir, existe la posibilidad de que el concepto del ISN al ser indeterminado pueda ser aplicado sin caer en la arbitrariedad por lo que sería más complicado el demostrar que la decisión tomada fue realizada en base a estereotipos o preferencias. Esta preocupación fue evidente en el *amicus curiae* citado *supra* presentado por María José Machado Arévalo donde argumentaba que “en los juicios por patria potestad y tenencia, las mujeres se encuentran en desventaja cuando la mayoría de jueces son hombres

por los estereotipos de género en la mirada judicial” (párr. 7), siendo esto uno de los riesgos evidentes en la aplicación del ISN.

Simon (2014) advierte que, en Ecuador, en su investigación “no [encontró] decisiones judiciales en los que sean utilizados para la determinación del ISN” y que, de forma general, las personas juezas:

no demuestran en que forma la decisión contribuye a la realización del interés superior del niño, práctica común es mencionado para sustentar sus decisiones sin explicar de forma concreta la relación de la decisión con la consecución de los mejores intereses del niño (p. 165).

Además, que Breen (2002) (citado por Simon, 2014) “a nivel nacional el principio, sostiene varios autores, se aplica de manera inconsistente y arbitraria”, hecho el cual para Simon (2014), también ha podido ser “confirmado al analizar la jurisprudencia de varios países (...)” (p.166).

Para efecto del trabajo se citará dos sentencias (previas a la declaración de inconstitucionalidad) que permitirán demostrar cómo la preferencia materna ocasionaba que se facilite la discrecional abusiva de las juezas afectando a la debida motivación de los casos de tenencia, ya que las juezas se limitaban a citar la ley y guiarse por sus consideraciones personales, más no cumplir con el ISN y la debida motivación.

2.1.1.1. Análisis casuístico

2.1.1.1.1. Sentencia No. 021-11-SEP-CC

El primer ejemplo de una mala motivación en un proceso de tenencia es una resolución de la CCE con la sentencia No. 021-11-SEP-CC, por una acción extraordinaria de protección, en este caso a la madre se le había asignado la tenencia de su hija en su domicilio ubicado en la ciudad de Portoviejo. El padre, luego de visitar a la hija se la llevó a Guayaquil e inició un proceso de tenencia a su favor. La jueza de Guayaquil le otorgó al padre la tenencia ya que él

argumentaba que la niña vivía en un ambiente de “promiscuidad” y no tenía todas las comodidades que el padre le podría dar, sin embargo, existían pruebas fehacientes sobre que lo dicho por el padre era mentira.

La demandante en la acción extraordinaria de protección solicitaba que quede sin efecto la decisión de primera y segunda instancia porque se habían violado las garantías del debido proceso y sus derechos fundamentales. Para este caso, si bien es cierto, la CCE no tiene competencia para revisar los hechos del caso y debe limitarse a resolver la pretensión, se evidencia que ninguna jueza ni de primera ni segunda instancia habían realizado una debida motivación para el proceso. La CCE argumentó que:

Igualmente, la jueza de instancia en su fallo desconoce lo previsto en el art. 106 del CONA, cuando se determina que, en caso de falta de los progenitores para confiar la patria potestad, el cuidado de los hijos 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 hija (...). En el caso concreto, no concurrió, conforme se señaló en líneas anteriores, puesto que si la jueza, a su entender estimó que encargar la tenencia a la madre ocasionaba un perjuicio a los derechos de la niña, debió 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. En este sentido, **“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”** (p. 16, resaltado propio).

Se puede observar como la CCE llama la atención y dispone que la jueza de primera instancia debió haber aplicado a *prima facie* lo dispuesto por el art. 106, numeral 2 y 4, ya que las madres “tradicionalmente” han fungido como cuidadoras del hogar, es decir, la Doctrina de los Años Tiernos se sobreponía a la demostración de qué es o no lo mejor para el Interés Superior de la niñas, puesto que las juezas consideraban que resultaba beneficioso para el ISN el otorgarle a la madre porque tradicionalmente suponía ser positivo para ellas, ignorando el realizar un análisis caso por caso como lo dispone el Comité de los Derechos del Niño.

2.1.1.1.2. Sentencia No. 064-15-SEP-CC

El segundo ejemplo de una mala motivación es la sentencia de la CCE con No. 064-15-SEP-CC, este caso era de una familia transnacional⁶, tipo de familia el cual es definido por Bryceson y Vuorela (2002) (citado por González, 2016) como:

familia cuyos miembros viven una parte o la mayor parte del tiempo separados los unos de los otros y que son capaces de crear vínculos que permiten que sus miembros se sientan parte de una unidad y perciban su bienestar en de una dimensión colectiva, a pesar de la distancia física” (p.512-513).

En el presente caso, la madre tenía tres hijas, una de ellas era de su último compromiso, del cual el padre de la niña inicia un proceso de tenencia a su favor. La madre viajaba mucho por trabajo a Estados Unidos, por esta razón, dejaba a sus hijas al cuidado de la abuela materna. El progenitor solicitó la tenencia argumentando que la madre al viajar mucho y no podía darle tanta atención como el padre sí podría hacerlo de poseer su tenencia. El progenitor presentó una acción extraordinaria de protección por el supuesto de vulneración de sus derechos constitucionales, la conclusión a la que llega la CCE fue que:

La Corte Constitucional (...) evidencia que la hija de los litigantes, a la fecha de la resolución judicial dictada el 04 de noviembre de 2009, **no cumplía 12 años, por ende, la jueza, en base a las circunstancias concurrentes del caso concreto, 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 ibidem**, la misma que ante “[l]a falta de acuerdo de los progenitores (...) 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” (resaltado propio).

El CONA dispone que la opinión de las hijas e hijos “menores de doce años, será valorada por el juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su

⁶ La Constitución reconoce en su art. 40 el derecho a migrar y el deber del Estado de 6. Protegerá las familias transnacionales y los derechos de sus miembros.

desarrollo integral” (art. 106), sin embargo, se evidencia cómo la opinión de la niña no fue valorada o tomada en cuenta limitándose por su edad ya que como se explicó *supra*, la edad de la niña no implica un limitante, sino más bien una obligación de que los Estados parte deben adecuar los organismos y evaluar caso por caso, sin embargo, la CCE malinterpreta esta obligación.

El juez Ramiro Ávila, en su voto concurrente de la sentencia No. 28-15-IN/21 del año 2021, argumentó que como estaba constituida la norma de la preferencia materna obligaba a las partes, en vez de valorar cuál de los dos progenitores se encontraba mejor capacitado por medio de varias herramientas y mecanismos, a demostrar que “la madre no ejercía su rol y que era (...) “desnaturalizada”” (párr. 12). Las actitudes “desnaturalizadas” y “no adecuadas” de la madre, muchas veces giraban en torno a la relatividad y aspectos morales, ya que, por lo general se argumentaba era que la madre poseía una vida social sexualmente activa, un nuevo compromiso o que, si la madre no cumplía su rol de cuidado “por poco, era una persona drogadicta, que ejercía la prostitución, que era alcohólica o cualquier otro atributo que, en una sociedad patriarcal, no es propio de una madre” (párr. 12).

De esta forma, en vez de ver cuál progenitor era el “mejor postor” en beneficio del desarrollo integral e ISN de la hija, lo que en realidad se observaban eran las peores características de cada progenitor. Lo que debería observarse dentro de un proceso de tenencia, es cuál de sus progenitores era el más indicado para cuidar de su hija, sin tomar en cuenta conductas que en nada afecten a la relación con las niñas, o el que se valore erróneamente aspectos morales para juzgar a los progenitores, por lo que el tener contacto habitual con las hijas y ambos de sus progenitores tras este tipo de procesos se volvía imposible al estar inmersos en peleas.

La motivación debe incluir necesariamente la valoración de la opinión de la niña o en su defecto por qué no fue valorada. Además, se debe demostrar cómo se ponderó a cada progenitor, cada hogar, cada realidad conforme a todos los criterios que sean relevantes para el caso y afecten o contribuyan de alguna manera para la crianza de la niña, de esta forma se podría afirmar que la jueza realizó una debida motivación para un caso de tenencia, con el fin de garantizar que las niñas tengan las mejores oportunidades para desarrollarse con el progenitor mejor capacitado para su cuidado, sin menoscabar su derecho a poseer un vínculo con ambos progenitores.

Para Simon (2014), los abusos y omisiones en la aplicación del ISN son el resultado de “los defectos de un sistema de justicia particular, del pobre entrenamiento de los jueces al no provenir una cultura jurídica de aplicación de conceptos indeterminados” (p. 165), de hecho, para (Wallace y Silverberg (2003) (citado por Simon 2014), estas preocupaciones también se evidencian en otros países como Estados Unidos en donde es usual el uso de estándares jurídicos.

La norma evocaba el aplicar preferentemente una opción más evidente y socialmente aceptada, que suponía ser una norma constitucional y beneficiosa para la niña, niño y adolescente, como la preferencia materna, frente a un concepto indeterminado y más complicado de aplicar por una jueza que no tenga un conocimiento especializado en materia de niñez y adolescencia como el concepto del ISN. Es decir, por cómo se encontraba redactada la norma, más la indeterminación del concepto del ISN, más el vago conocimiento de las juezas del concepto, ocasionaba que su discrecionalidad incremente en base a la legitimidad de la norma, puesto que no se valoraban medios probatorios, junto con la ponderación del ISN y la debida motivación, sin embargo, es obligación de las juezas el siempre realizar una debida motivación en todos los casos.

CAPÍTULO III: DESAFÍOS DE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA PARA TENENCIA

Con el fin de que una norma de tenencia de carácter neutral funcione en Ecuador es menester el poseer un personal capacitado y especializado con el fin de limitar la discrecionalidad abusiva que puede generarse del concepto indeterminado del ISN. Se analizará si el sistema judicial ecuatoriano se encuentra preparado y equipado para los retos que presenta este cambio.

El principio de especialidad de la justicia responde a la idea de que existen juezas especializadas en las distintas materias, de modo que la competencia esté distribuida, así lo dispone el COFJ en su art. 11 “la potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia”. Sin embargo, según el COFJ existe una excepción a este principio, el hecho de que en “lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones (..)” (art. 11).

La especialización del área de niñez y adolescencia se encuentra contemplada en la CRE (2008), en su art. 175 que dispone la legislación y justicia especializada en el área de niñez y adolescencia, mientras que en el art. 186 dispone que “en cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales”.

El CONA en su art. 255 dispone la incorporación de la administración de Justicia Especializada Niñez y Adolescencia la cual “estará integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes (...)”.

La multicompetencia en instancias judiciales surge en el Ecuador con la promulgación del COFJ que entró en vigor el 9 de marzo del 2009, de esta forma actualmente existen Salas Multicompetentes, Unidades Judiciales Multicompetentes y Juzgados Multicompetentes en todo el país. La competencia de las juezas únicas o multicompetentes está dispuesta por el COFJ en su art. 254, para cantones o parroquias rurales apartados y el Consejo de la Judicatura (en adelante CJ) determinará cuáles serán las materias que manejarán, mientras que en su art. 255 dispone que las funciones y atribuciones de las juezas será el conocer todas las materias.

Machado (2018) considera que las judicaturas multicompetentes no debería existir como tal, debido a que no permiten una tutela judicial efectiva de los derechos tanto constitucionales y legales y la existencia de estos “rompen con el principio de especialización de la justicia” (p.57) y “no garantizan la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas porque es prácticamente imposible que un solo juez pueda dominar todas las materias y procesos de los derechos de las personas” (Estrada, 2015) (citado por Machado, p. 140). Además, agrega que, es imperativa la existencia de juezas para cada materia ya que incluso se corre el riesgo de “cometer prevaricato por el andamiaje de causas en diferentes materias que tiene que resolver” (p.141).

Según datos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura existen Salas Especializadas de la Familia, Niñez, Adolescencia, Adolescentes Infractores que son catorce y las Salas Especializadas de Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores que son ocho a nivel nacional. Sin embargo, al manejar varias áreas fungen como las unidades judiciales multicompetentes haciendo mal uso de esta categoría de especializadas. Las Unidades de Familia que supondrían responderían a esta especialización son las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que son 45 a nivel nacional y las Unidades Judiciales

Multicompetentes que son 157 a nivel nacional, siendo así las que se encuentran en mayor cantidad (véase en el Anexo IV).

Pero ¿qué implicaría que una unidad judicial sea “especializada”? Evidentemente, lo primero que deberían poseer las unidades judiciales especializadas son el personal de salud adecuado, sin embargo, en Ecuador se evidencia una falencia en este aspecto, ya que según datos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, en las dos Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en Pichincha, de los cuales, existen 81 juezas, solo existen 28 profesionales de la salud, de los cuales corresponde 8 médicas peritas, 10 psicólogas peritas y 10 trabajadoras sociales peritas (véase en el anexo V).

Otro ejemplo de esta falta de personal de la salud especializada es que en 3 Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia ubicadas en Cañar existen solamente 10 juezas y 3 trabajadores de la salud, 1 psicóloga perita y 1 trabajadora social perita y 1 médica perita, los cuales deberían distribuirse las juezas, aspecto el cual, sin duda ralentizaría su trabajo (véase en el anexo V).

Patricia Segarra afirmó al ser entrevistada que, lo adecuado sería que “cada jueza a parte de su equipo legal conformado generalmente por una ayudante judicial y una secretaria debería contar con un equipo de 3 especialistas de la salud, 1 médica, 1 psicóloga perita y 1 trabajadora social con el fin de que los temas relacionados con el área de niñez y adolescencia sean resueltos de una forma óptima” (véase en el anexo II). Esta recomendación sin duda sería positiva para la justicia especializada, sin embargo, el recorte a la justicia significa una gran limitante, ya que el presupuesto del sistema de justicia ha sufrido una disminución en los últimos años del 5, 30% frente al valor asignado para el 2020.

El Consejo de la Judicatura detalla que su presupuesto para la justicia representa aproximadamente el 66%, con un monto establecido al 31 de diciembre de 2021 de USD 342.729.859,18. Es así como de los USD. 334.810.425,11 asignados para el año 2021, el 97,69% corresponden a la remuneración de los funcionarios como juezas, secretarias y demás (CJ, 2021). Las profesionales de salud no ocupan un gran porcentaje del valor de gasto corriente, siendo otra preocupación para el desarrollo de una justicia especializada.

El Comité de los Derechos del Niño establece que se debería adecuar totalmente la justicia para las niñas, niños y adolescentes, como lo es la “vestimenta de los jueces y abogados junto con pantallas de proyección visual, sala de espera separadas y la pertinente capacitación del personal” (OG/14, párr. 34), además de la incorporación de dibujos, personajes animados y el personal de la salud totalmente capacitado y predispuesto únicamente para este ámbito. De igual forma, se deberían incorporar estrategias para manejar la tensión y estrés de la niña, junto con otras medidas de aspecto psicológico, uso de materiales de apoyo para la expresión de la niña, con el fin de que ella pueda expresarse de forma libre, tomando en cuenta sus características únicas.

La presencia de intérpretes gratuitos adecuados para el proceso también es importante, ya que estas profesionales se encargan de transmitir lo que la niña en su lenguaje expresa o trata de decir, a un lenguaje que comprendan los adultos y viceversa, ya que lo que se expresa a las niñas debería tener un lenguaje sencillo y comprensible, pues, en el sistema judicial, la terminología per se es compleja. De igual forma se necesita de una traductora para los casos en los que las niñas o familias no sepan el idioma natal, ya que el Ecuador es un país pluricultural y multiétnico.

La especialización de la justicia también responde a la adecuación del lenguaje en el sistema judicial para las niñas como puede ser evidenciado en las “sentencias integradas o

cartas para niños”, en donde la decisión del juez es plasmada en un lenguaje simple y sencillo específicamente para las niñas, niños y adolescentes, ayudado de dibujos, stickers o simplemente palabras, redactadas de tal forma que una niña que pueda leer va a comprender que la jueza es su amiga, que le cuida y le protege y por tal razón ha decidido lo escrito en la sentencia, pero sobre todo que si algo malo le pasa que la juez es su amiga y puede acudir a ella cuando sea necesario, de esta forma, se puede reducir el ambiente hostil o poco amigable de la justifica adultocéntrica con dos ventajas evidentes, primero, que las niñas se sientan comprendidas y escuchadas, segundo, que el impacto en sus vidas sea menor.

Según datos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura en el año 2020, ingresaron 2102 casos de tenencia, de los cuales el 25% corresponden a Unidades Judiciales Multicompetentes, el 2% a Salas Especializadas y el 73% a Unidades de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Mientras que, en el 2021, ingresaron 3721 casos de tenencia, de los cuales 1538 (43%) correspondían a las salas Especializadas, las Multicompetentes 616 (16%), y las Unidades de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia 1637 (41%) (véase en el anexo III). Se puede observar cómo a pesar de que, según el CRE, área de niñez y adolescencia debería ser de carácter especializado, no existe como tal una especialización en la materia y el 16% de casos ingresados de tenencia en el 2021, lo deberían resolver estas salas multicompetentes, siendo evidente la violación a lo dispuesto por la legislación vigente citada *supra*.

Respecto a la capacitación en temas de especialización de niñez y adolescencia para funcionarias judiciales se registran unas jornadas de capacitación y socialización sobre la Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior de la Niñez en Procesos Judiciales en el mes de junio del 2021 vía telemática, en los cuales impartían talleres sobre la aplicación de esta guía con un total de 280 funcionarias capacitadas y se desconoce sobre la socialización del

nuevo Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense Mediante Escucha Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Violencia Sexual, elaborado por la fiscalía general del Estado con la asistencia técnica de UNICEF, hasta la realización de este trabajo. Además, la Corte Constitucional ecuatoriana aprobó el 22 de enero del 2022 el Protocolo Interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación de Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales de su Conocimiento, y de igual forma, hasta el momento tampoco se ha realizado una socialización, ni se encuentra colgado en alguna plataforma virtual oficial de la CCE.

Las niñas, niños y adolescentes necesitan de personal especializado para su tratamiento, como psicólogas infantiles, trabajadoras sociales, médicas peritas, etc., los cuales en conjunto puedan contribuir con el desenvolvimiento de casos en donde las niñas se encuentren interesadas o involucradas como lo son en los casos de tenencia. Sin embargo, Ecuador presenta muchos limitantes para un buen funcionamiento de la justicia en el ámbito de niñez y adolescencia, como lo es la disminución del presupuesto de la justicia, la falta de unidades especializadas, capacitaciones a las funcionarias, falta de funcionarias de la salud e instalaciones adecuadas.

3.1. Adecuación del derecho a ser escuchado y asistencia letrada en los procesos de tenencia

El ambiente en el cual la niña será escuchada debe ser seguro y de confianza con el fin que ella se sienta segura, ergo, pueda expresar su opinión sin miedo ni temor, así lo establece el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 12 ya que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles, apropiados y comprensibles para los niños” (párr. 34). Esto debido a que el Comité observó que:

en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas (OG/12, párr. 4).

Con el fin de que el derecho a ser escuchado y a la asistencia letrada se cumpla es necesario la implementación o cambios de algunos aspectos, como lo es la concepción adultocéntrica de la justicia, ya que como se detalló *supra* muchas veces las niñas, niños y adolescentes son tratados como personas adultas pues suponen poseer la misma capacidad de deducción, comportamiento, razonamiento, etc. Algunos países como México han realizado un cambio en este sentido, ya que, por ejemplo, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia mexicano reconoce que:

toda decisión jurisdiccional que afecte directa o indirectamente derechos de NNA debe reconocer sus características propias. Por ende, las personas juzgadoras deben proveer a [las niñas, niños y adolescentes] de un trato diferenciado y especializado durante el transcurso de todo el proceso, desde su inicio hasta el dictado y ejecución de la sentencia (SCJN, 2021, p. 5).

De igual forma, en el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que Involucren Niñas, Niños y Adolescentes mexicano guarda un apartado para “describir cuáles son las características específicas de la infancia y adolescencia, partiendo de la idea de que son personas diferentes a los adultos y de que aquellas impactan en su participación en el ámbito judicial” (p. 25), es decir, reconocen sus particularidades con el fin de generar un documento adecuado bajo la visión de las niñas, niños y adolescentes y el ser una “herramienta para las y los impartidores que coadyuve en la garantía del derecho de acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes (...)” (p.15).

Ecuador por su parte dispuso el Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense Mediante Escucha Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Violencia Sexual y desarrolla una técnica de “escucha forense”, la cual permite el tomar el testimonio y conversar con víctimas de violencia sexual, específicamente niñas, niños y adolescentes, texto que deja de lado la idea adultocéntrica y más bien reconoce las características particulares de las niñas,

niños y adolescentes víctimas de violencia sexual y junto con una metodología especializada para su escucha que sirven de ejemplo para ser aplicados en otros ámbitos en los casos de tenencia.

Otro instrumento desarrollado por el Ecuador es el Protocolo Interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación de Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales de su Conocimiento, que dispone la composición del personal que acompañe en la asistencia letrada de la niña, niño o adolescente debe ser integrado por un equipo interdisciplinario completo de profesionales de diferentes disciplinas, específicamente por una abogada conocedora de derecho y de la Constitución ecuatoriana, una psicóloga que sea experta en “trato con [niñas, niños y adolescentes] y de forma particular en procesos de escucha a [niñas, niños y adolescentes], con habilidades y experiencia en el manejo de diferentes técnicas” (pág. 13), junto con la necesidad de poseer disponibilidad para acompañar a las niñas en todo el proceso de escucha (párr. 14).

Patricia Segarra en una entrevista detalla que, “muchas veces las juezas no valoran realmente la opinión del niño para la motivación de los casos de tenencia, sino más bien el motivar una sentencia en beneficio del ISN fungía como una especie de check list de la cual las juezas debían agregar en la sentencia sin realmente motivar por qué la resolución es la mejor según el ISN, aspecto que empeoraba con la existencia de la norma de la preferencia materna, ya que se escuchaba todo, menos a la niña, puesto que al existir dicha norma se aplicaba de forma predeterminada la tenencia a favor de la madre, sin realmente considerar la opinión del niño ni su ISN” (véase en el Anexo II).

3.1.1. Debida representación de la niña en los procesos de tenencia

Una verdadera participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de tenencia puede ser alcanzado por medio de la aplicación del principio de autonomía progresiva,

pues son las niñas, niños y adolescentes las personas que pueden colaborar, guiar a las juezas a una mejor toma de sus decisiones.

La CDN reconoce el principio de autonomía progresiva, al disponer que los Estados Partes respetarán las “responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (...) en consonancia con la **evolución de sus facultades**, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos” (art. 5, resaltado propio). Es decir, esta autonomía de ejercicio de los derechos de la niña va desarrollándose conforme va creciendo la niña, por medio de la experiencia, vivencias, que contribuyen al desarrollo de sus habilidades cognitivas y físicas.

La Corte IDH, en 2018, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, considera que el derecho a ser oído de las niñas, niños y adolescentes necesariamente se relacionan con el “principio de autonomía progresiva, [y] conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos (...)” (párr. 161), y que:

el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que las niñas, niños y adolescentes puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que **participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos**, según la edad y grado de madurez. Para sortear los obstáculos en el acceso a la justicia (*supra* párr. 156), **la asistencia letrada de un abogado especializado en niñez y adolescencia**, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso, debe ser gratuita y proporcionada por el Estado, independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de éstos últimos (Serie C No. 350, párr. 161, resaltado propio).

La Corte IDH sostiene que es obligación el proteger el ISN dentro de cualquier procedimiento en los que las niñas, niños y adolescentes se vean involucrados, de los cuales implica, “*inter alia*, lo siguiente i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades” (Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Serie C No. 216, 2010, párr. 201).

La participación de las niñas dentro de un proceso judicial es la única forma de saltar los obstáculos en el acceso a la justicia y escuchar verdaderamente la opinión de la niña la cual es necesaria para la implementación de una asistencia letrada pertinente, por medio de su propia voz en defensa de sus propios derechos. Resulta imposible el determinar lo mejor para la niña ni aplicar su ISN si es que no se conoce su opinión, ya que, por lo general, el hecho de que toda niña, niño y adolescente tenga derecho a “expresarse sin restricciones; (...) no quiere decir que su opinión sea vinculante para la decisión, en cambio, la autonomía progresiva juega un papel importante para valorar la opinión del niño” (Carlucci, Molina y Mariel, 2015, p.9).

En varias ocasiones, los intereses de los adultos suelen chocar con los de las niñas, niños y adolescentes ya que ellas suelen convertirse en rehenes de las egoístas presentaciones de sus progenitores y olvidan el daño que ocasionan a sus hijas, y los progenitores argumentan que con sus acciones pretenden defender su ISN “al que disputan como si fuera un bien ganancial más y no una persona con voz propia y con derechos inalienables, y como tal reconocida como sujeto pleno de derechos” (Ley No. 14568).

Un ejemplo de la limitación del actuar de las niñas se encuentra, en la resolución de tenencia de la CCE, No. 064-15-SEP-CC, revisada *supra*, en donde la Corte dispuso que “la niña tenía menos de 12 años, es decir, no era adolescente para solicitar, por voluntad propia, vivir con su padre” (p.30), siendo evidente la limitación de su actuar.

Entonces, ¿cómo se podría garantizar una verdadera participación de la niña dentro de los procesos judiciales? Esta respuesta se puede encontrar en una figura novedosa para el Ecuador, pero no para otros países los cuales la han implementado en algunos países como Argentina con el fin de garantizar el real cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la del “abogado del niño”.

3.1.1.1. Abogado del Niño

El Código Civil (en adelante CC) en su art. 367 define a las tutelas y curadurías o curatelas como “cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida”.

Un tipo de curadores son los curadores de bienes, adjuntos y especial, siendo este último aquel que “se nombra para un negocio particular” (art. 374 CC). Esta clase “de curaduría siempre es dativa. Los curadores para pleito o *ad litem* son designados por el juez que está en conocimiento de la causa” (art. 515. CC) y será otorgada en ausencia de toda otra representación para una persona en un proceso judicial (art. 395 CC). Para Cabanellas (2021) el curador *ad litem* es una “persona designada por el Juez para seguir los pleitos y defender los derechos de [una niña, niño o adolescente], de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad” (p. 115).

El CONA (2003) en su art. 300 dispone que “el hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad”, y en caso de que los progenitores se nieguen para que la hija pueda iniciar un proceso civil o no se encuentren habilitados para hacerlo, la jueza podrá suplirlo y le dará a la hija un curador para la Litis. El CONA también agrega que cuando exista conflicto de intereses entre su hija y quien ejerce la representación legal “tratándose de actos, contratos o juicios” puede suspenderse, y para esos casos “ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el juez si el interés los inhabilita a ambos” (art. 108).

El COGEP por su parte, en su art. 32 dispone de un “curador *ad litem* o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes” el cual podrá ser otorgado cuando se produzcan conflictos de intereses entre las hijas y sus progenitores, sin embargo, no se puede comprender qué implica esta especialidad del curador o qué requisitos debería tener para ser considerada especial.

Frente a la normativa vigente, una niña no tiene la oportunidad de expresar verdaderamente si es está o no de acuerdo o conforme con el actuar del curador *ad litem*, aspecto que el Consejo de la Judicatura notó y en su resolución No. 10-2016, dispuso el nombramiento de un curador ad-litem entre otros tres aspectos nuevos.

- I. La posibilidad de que la niña, niño o adolescente, en los casos en los que la ley exija la presencia de un curador, sean escuchadas para que opinen sobre su curadora/or que la represente (art. 1).
- II. “En los casos en los que el niño, niña o adolescente no pudiere o no quisiere expresarse, la designación la hará el juez/a previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora” (art. 2).

Para Patricia Calero es “motivo de preocupación el hecho de que la niña no quiera mostrar su opinión, por lo que la jueza tiene el deber de investigar y determinar, por qué razón la niña no desea expresarse con el fin de ayudar al desenvolvimiento del caso ya que muchas veces la niña se encuentra amenazada por algún miembro de la familia” (véase anexo I).

- III. Si la tutora o curadora que “resulte nombrada” se encuentra en las causales de incapacidad descritas en el art. 518 del Código Civil o si incumple las obligaciones legales relacionadas a su cargo o por negligencia provoque un perjuicio para intereses o derechos de sus representadas, “a petición de parte o

de oficio, justificada la causa que la provoque, el juez/a dispondrá la remoción de su cargo, y acto seguido designará a la persona que debe actuar en su reemplazo” (art. 5).

El Protocolo interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación y Escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales, incorporó la figura del abogado del niño, pues este dispone “el derecho a contar con su propio abogado o abogada a fin de que represente específicamente sus intereses, (...) a tener un abogado que represente sus intereses” (p. 28), o en su defecto, ella puede solicitar que se cese de su participación cuando lo desee. El protocolo también dispone que se deberá remitir una “convocatoria o invitación” hacia las niñas, niños y adolescentes en donde expresen su deseo de participar y otra “autorización” dirigida a sus representantes legales o cuidadores, solicitando una autorización expresa y firmada. Se evidencia cómo incluso este protocolo reciente incurre en el error al igual que la resolución No. 10-2016 revisada *supra*, que la niña deba estar apoyada por al menos uno de los progenitores para llevar a cabo un proceso, ya sea contra un tercero, contra uno de los progenitores, o para participar en un uno, por lo que las niñas dependen de sus progenitores para acceder a la justicia, resultando contradictorio.

A diferencia de la resolución No. 10-2016, *supra*, el Protocolo Interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación y Escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales, dispone que, si la niña desea expresar su voluntad y conformidad de expresar su opinión, la persona entrevistadora debe informar a la niña su derecho a “solicitar la asistencia de una persona de su elección con el fin de que le ayude a expresar su opinión ya sea en todo o en parte, y que esta persona pueda ser su abogado/a” (p. 28).

Para Gonzales (2002) por lo general dentro de los procesos en las que las niñas, niños o adolescentes participan “las otras “partes” en el proceso resultan ser uno o sus dos progenitores (a veces en litigio entre ellos), o algún otro familiar cercano” (p. 5), y existen escenarios en donde se evidencian “situaciones de violencia familiar- de distinto grado, explícitas o escondidas- o relaciones filiales muy autoritarias, en las que difícilmente pueda lograrse una participación libre y equitativa de los mismos” (p.5).

Carlucci, Molina y Mariel (2015) agregan que, el curador *ad litem* si representa los intereses particulares de la niña cuando inclusive se encuentre en contra de sus padres, sin embargo, esta defensa lo realiza desde una “mirada adulta, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión” (p. 20). Para Rey (2019), la incorporación de un abogado para la niña, niño y adolescente contribuye a la materialización del paradigma de la niñez, en sujetos activos de derechos, a darle voz dentro un proceso en el que generalmente solo se escuchaba la postura de la persona adulta (p. 42), con esta figura las niñas pueden exigir de manera efectiva la garantía de sus derechos en los procesos que intervengan sin necesidad de depender de sus progenitores.

El que una niña pueda acceder a un abogado implica la posibilidad de “elegir al profesional”, el cual pueda patrocinarla dentro del juicio o por el contrario ser revocado cuando el profesional se aleje a sus los intereses (Rey, p. 41). La confianza de la niña con la profesional es crucial debido a los hechos en los cuales los niños se ven involucrados, como lo puede ser el pertenecer a un hogar con violencia intrafamiliar.

La especialización de la justicia debe partir no solo de las funcionarias de justicia, sino también de las y los abogados especializados en niñez y adolescencia, ya que deberían ser avalados para ser una representante de la niña, pues el ser una abogada del niño implica un

trabajo muy especializado, así lo detalla Suárez (2017) (citada por Rey), ya que para el autor ser abogado del niño implica la:

posibilidad de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad. (p. 37)

Muchos países como Argentina han incorporado a la figura del abogado del niño, esto puede observarse en su Ley. 14568 el cual establece en su art 1:

créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Además, Argentina en su Ley No. 26.061, sobre la Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, incorpora como garantía que en los procedimientos judiciales o administrativos el deber de los Estados Parte el:

- a) Ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) Que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) Ser asistido por un **letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia** desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine (art. 27, resaltado propio);
- d) Participar activamente en todo el procedimiento;
- e) Recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Argentina en su Ley 14568 dispuso que el Estado Provincial deberá hacerse cargo del pago de las “acciones derivadas de la actuación de los abogados patrocinadores de los niños Abogados del Niño” (art. 5), además, se dispuso la creación de un registro provincial de abogados del niño en el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires en donde se podrán inscribir todas las profesionales con matrícula para actuar en el territorio que:

demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia (art. 2).

Villalta y Martínez (2016) explican que la incorporación de esta figura fue “polémica y dificultosa que ha ido apareciendo en los últimos [diez y seis años]” (p. 4), ya que en muchas ocasiones fueron los asesores de niñas, niños y adolescentes, quienes solicitaban que se nombre a un abogado para las niñas o por solicitud de las juezas que evidenciaban mucha conflictividad entre sus progenitores, o a petición de alguno de sus progenitores, o por organizaciones de sociedad civil o activistas de los derechos de la niña, los cuales “promovieron el patrocinio letrado para [toda niña, niño y adolescente] que estuviera involucrado en un procedimiento judicial que lo afectara” (p. 4).

El abogado del niño patrocina, escucha e interviene representando la postura del patrocinado y responderá a los intereses de la niña de forma independiente, más no la que los adultos determinen como más conveniente, como sucede en el caso del curador *al litem*, por lo que para contrarrestar estos efectos se han incorporado, no responde en su totalidad para la defensa de su derecho a expresar su opinión y ser representado, sino más bien Abogado del Niño.

La figura del Abogado del Niño contribuye al cambio de paradigma de la niña ya que responde de forma adecuada a la incorporación de la niña dentro de un proceso legal, para que ella pueda defender sus intereses en primera persona, más no necesariamente con el intermediario de sus padres, sino por profesionales capacitados para brindar una defensa y representación adecuada. Aunque exista la figura del *ad litem* el cual en principio contribuye para a la defensa de los intereses de la niña no lo hace del todo, de esta forma se contribuye a dejar ver a las niñas desde una perspectiva adultocéntrica para que así las niñas puedan alzar su propia voz en los procesos judiciales y pueda ser escuchada verdaderamente.

3.1.2. Importancia del testimonio

El tomar en cuenta la opinión y el testimonio de las niñas, niños y adolescentes es de vital importancia, no solo porque es su derecho el ser escuchado en todos los procesos que le involucre e interese, sino también porque puede aportar con información relevante para el desenvolvimiento del caso, ya que en varias ocasiones ellas son las únicas testigos de los hechos ocurridos por la ausencia de evidencia física. Las niñas, niños y adolescentes evidencian el clima cotidiano familiar al convivir con sus progenitores y adquieren una “percepción subjetiva de la relación con cada uno de sus padres, su opinión sobre la calidad de vida con sus progenitores, entre otros elementos” (SCJN, 2014, p. 25) siendo una pieza clave para el desarrollo del caso.

3.1.2.1. Medidas para facilitar el testimonio

Los Estados tienen la obligación de implementar “procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares (...) de acuerdo con sus necesidades” (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Serie C No. 216, párr. 201), razón por la cual al momento de crear los distintos textos normativos, guías, protocolos, etc. se debe tener presente estas particularidades con el fin de realizar un acercamiento judicial seguro para las niñas, niños y adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño en su OG/12, dispone como medida para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado cinco medidas: i) preparación, ii) evaluación de la capacidad del niño, iii) audiencia, iv) información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, v) quejas, vías de recurso y desagravio, que deberán ser aplicadas de manera adecuada para el contexto particular de cada niña. Estas etapas deberían

estar incorporados dentro de todas las legislaciones especializadas de Niñez y Adolescencia con el fin de garantizar el desarrollo integral y el ISN de las niñas, niños y adolescentes.

1.4.2.1.1. Preparación

El Comité de los Derechos del Niño dispone como primera medida a la preparación, etapa que toma sentido antes de que la niña sea escuchada en una diligencia, pues se la debe informar sobre su derecho a expresar su opinión, sobre los efectos, la importancia que pueden ocasionar su opinión, los sujetos que la escucharán y el saber cómo, cuándo y dónde, entre otros aspectos (OG/12, párr. 41). Algunos países como México disponen que previo a la diligencia, la etapa de la preparación se realice al menos un día antes (SCJN, 2014).

Las profesionales judiciales deberán transmitirle la seguridad de que la niña tiene la libertad de expresarse, de contar lo sucedido, de que si no entiende algo puede preguntar o si en tal caso desea guardar silencio puede hacerlo sin problema, para que así ella se sienta segura, confiada y escuchada, libre de contar lo que ella desee, y que no sienta culpa o presión por contestar “bien o mal”, pues no existen respuestas buenas y malas, solo lo que la niña quiera expresar (SCJN, 2014, p. 67) y el que la niña sepa que bajo ninguna razón la niña podrá ser procesada por “mentir” o por prestar falso testimonio.

3.2. Audiencia

La audiencia es la segunda medida para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, el cual para el Comité de los Derechos del Niño (CRC, 2009) en la OC/12, implica que el ambiente debe ser “propicio e inspirar confianza” (párr. 42). Además, es “preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad” (párr. 43).

3.2.1.1.2. Evaluación del niño

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, 2009) dispone como tercera medida a la evaluación de la capacidad de la niña, con el fin de que se implementen buenas prácticas de evaluación por medio de un análisis individualizado, que logre determinar si la niña se encuentra en condiciones de formarse un juicio independiente y razonable, su opinión sea debidamente tomada en cuenta para la resolución (OG/12, párr. 44).

3.2.1.1.3. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño)

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, 2009) dispone como cuarta medida para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, el brindar información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño), la cual implica que la niña al poseer el derecho a que sus opiniones sean tomados en cuenta de forma debida, la persona encargada de tomar las decisiones deberá informar a la niña el resultado del proceso y explicar cómo su opinión incidió en el resultado (OG/12, párr. 45).

La participación oral de la niña necesita ser grabada ya sea por audio o imagen en su totalidad, además de ser integrada y transcrita para permanecer dentro del expediente de forma inmediata pues, se debe tener constancia real dentro del proceso de todo lo que ya niña diga por medio de un registro, con el fin de que no se altere o modifique de alguna manera lo que la niña en realidad quiso decir (SCJN, 2014, párr. 64).

3.2.1.1.4. Quejas, vías de recurso y desagravio

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, 2009) dispone como cuarta medida a la implementación de quejas, vías de recurso y desagravio, con el fin de incorporar procedimientos de denuncias y vías de recurso para que su derecho a ser escuchada no sea menoscabado y se tenga debidamente en cuenta la posibilidad de que ella pueda acudir a una

tercera persona a la cual le pueda expresar su queja o inconformidad (OG/12, párr. 46). De esta forma, si es que se vulnerase su derecho, la niña podría acceder a una denuncia o apelación, que deberían estar constituidos de tal forma que las niñas confíen en los mecanismos y no teman por ser castigadas o reprendidas de alguna forma (OG/12, párr. 47).

CAPÍTULO IV: CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA TENENCIA

4.1. Acuerdos directos sobre la tenencia

En Ecuador entre el 2006 y 2016 surgió un incremento del número de divorcios, de 13.981 casos a 25.468 (INEC, 2017). En los últimos años ha existido una disminución del número de divorcios en un 31,5 % con respecto al 2019, así lo detalla en INEC, en su boletín técnico N°01-2021-REMD. Según datos del INEC (2021), las personas preferentemente se divorcian en un 36,7%, por mutuo consentimiento en vía judicial, en un 34.5 % por mutuo consentimiento por vía notarial, en un 22.5% por la causal de abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges, en un 2.4 %, por estado habitual de falta de armonía de los dos cónyuges y en un 3.9 % por otras causas y falta de información representan (Boletín técnico N°01-2021-REMD).

A pesar de que el número de divorcios han disminuido en los últimos años, el proceso de separación por lo general continúa siendo de carácter conflictivo, de hecho, Patricia Segarra, en una entrevista comentó que “en los procesos de tenencia las niñas, niños y adolescentes sufren de una cosificación, ya que son vistas como una especie de trofeo, y quien gana la tenencia es el bueno o el malo de la relación, por esta razón, como se encontraba redactada la ley (preferencia materna) ocasionaba que se convierta aún más en un campo de batalla a los procesos judiciales de familia causando un daño psicológico directo a la niña” (véase en anexo II).

Las consecuencias de la separación son muy grandes y pueden afectar áreas significativas de las hijas y los progenitores, especialmente cuando se la realiza “de manera contenciosa y el conflicto destructivo permanece instaurado en la vida de esa familia, con independencia de que se haya establecido una custodia compartida o exclusiva” (Fariña, F.; Seijo, S.; Arce, R; Vázquez, M (2016, p. 31). En los procesos de divorcio o separación, “la

provisión de estabilidad afectiva y emocional que requiere el desarrollo infantil puede verse seriamente amenazada por la separación o el divorcio de los padres, especialmente cuando el apego aún no está suficientemente afianzado” (Beckwith, Cohen y Hamilton, 1999) (citado por Vallejo; Sánchez, F; Sánchez P., 2004), por lo que “el tipo de custodia que se acuerde, la separación o el divorcio de los padres siempre supone un importante impacto negativo en el desarrollo global de los hijos” (Vallejo; Sánchez, F; Sánchez P., 2004, p. 3532).

En un proceso de divorcio, para Espinosa (2018), se debe perdurar el bien común y adoptar la medida más adecuada para salvaguardar el ISN de la niña, por esta razón, el legislador ecuatoriano dispuso como regla que previo a la disolución del vínculo matrimonial el que se deba primero resolver sobre lo relacionado a las hijas ya que ellas se encuentran en una situación de vulnerabilidad dentro de una relación conflictual familiar en una separación, puesto que “cuando se trata de una ruptura teñida por la confrontación o el conflicto entre los componentes de la pareja, intensifican la disfunción evolutiva de los niños” (Vallejo; Sánchez, F; Sánchez P., 2004, p. 3532).

4.1.1. Mediación

En Ecuador con el fin de promover una cultura de paz y contribuir a la agilización de las unidades judiciales de justicia ordinaria se ha puesto énfasis en la mediación. Según el Consejo de la Judicatura, en Ecuador existen 148 centros de mediación, de esos el Centro nacional de Mediación de la Función Judicial tiene 139 oficinas en todo el país de con un equipo de 136 mediadores presentes en 115 cantones de las 24 provincias del país.

El Consejo de la Judicatura (2020), indicó que el 53, 03 % de todos los procesos ingresados de mediación son del área de familia, es decir, esta rama representa un alto número dentro de mediación, dentro de los cuales se tratan temas como fijación, aumento o disminución de pensiones alimenticias, alimentos, régimen de visitas, tenencia (por derivación judicial y

con informes técnicos, entre otros. Sin embargo, dentro de los datos brindados por el departamento de Estudios Jurimétricos y Estadísticos del Consejo de la Judicatura, estos centros de mediación no son de carácter especializado respecto a la materia de Niñez y Adolescencia como también ocurre dentro de la justicia ordinaria.

La mediación se caracteriza por ser un proceso rápido y económico para la resolución de conflictos, por esta razón permite a las parejas que atraviesan un proceso de divorcio abran un espacio al diálogo y comunicación que pueda contribuir a disminuir la tensión del conflicto. De este modo, las partes podrían llegar a un acuerdo sin pasar por la justicia ordinaria, ya que esta es más lenta e implica mucho tiempo y dinero.

El numeral 1 del art. 106 del CONA establece como reglas para la procedencia de la tenencia que “se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija”. Es decir, la mediación funcionaría para la mayoría de los casos en los que las familias se encuentren predispuestas para dar paso al diálogo y que hayan aceptado el acudir a este espacio. La mediación promete que las partes puedan ser mucho más receptivas y lleguen a acuerdos en común de forma más celera, en su defecto el que acuerden la tenencia compartida, la cual parte de la idea de que las niñas, niños y adolescentes se encontrarían mejor con ambos progenitores mientras sea beneficioso y no vaya en contra de su ISN.

Algunos países dentro de su normativa favorecen a la mediación y a los acuerdos entre progenitores en los casos de tenencia, como lo hace el gobierno de Navarra, el cual en su Ley Foral 3/2011 facilita un servicio público e imparcial de mediación familiar para los progenitores, y de la misma jueza pueda proponer a la mediación en caso de presentación de una demanda judicial, es decir, incluso en que las partes desean acudir a la justicia ordinaria, la primera opción será el que los progenitores puedan solucionar el conflicto por mediación con el fin de crear un “plan de responsabilidad parental” previo a la separación.

Cataluña en su ley 25/2010 pretende favorecer a la concreción de acuerdos y transparencia por medio de la mediación familiar y la creación de un “plan de responsabilidad parental”, con el fin de resolver las diferencias derivadas de la aplicación o convivencia del contenido del plan y acomodarlo a las necesidades de las hijas o hijos en sus diferentes etapas siendo este un beneficio mucho más rápido y evidente para procesos de divorcio. El contenido de este plan de responsabilidad parental para Cataluña debería contener aspectos como:

1. Lugar donde vivirá regularmente la hija con las reglas de su guarda en cada momento.
2. Tareas que corresponden a cada progenitor en las actividades cotidianas de la hija.
3. Forma en la que se harán los cambios de la guarda y reparto de gastos que conlleva.
4. Régimen de relación y comunicación con las niñas con cada progenitor.
5. Régimen de estancia de vacaciones de las hijas con cada progenitor o familia.
6. Tipo de educación, actividades formativas, extracurriculares, tiempo libre cuando proceda.
7. Forma de cumplir el deber de informar al otro progenitor sobre salud, educación y bienestar de las hijas.
8. Forma de tomar decisiones sobre el cambio de domicilio u otras cuestiones relevantes para las hijas (Ley 25/2010, art. 233-9).

Suecia por su parte, con el fin de implementar la tenencia compartida estableció ciertos requisitos como el localizar el lugar de residencia de la niña, niño o adolescente (según el ISN que corresponda), las pensiones alimenticias deberían ser dispuestas según el tiempo que pasen con uno y el otro progenitor, en relación a sus gastos de desplazamiento de sus hijas o hija deberían ser asumidos por ambos y cuando los progenitores estén de acuerdo de la tenencia se deberá suscribir un documento con el Comité de Bienestar Social.

La mediación funge como un mecanismo de acercamiento de las partes, de sus posturas con el fin de abrirse al diálogo, sin embargo, poco o nada se habla de la participación de las niñas, niños y adolescentes dentro del proceso, al menos en Ecuador no es claro si las niñas, niños y adolescentes podrán participar dentro del proceso, por lo que los progenitores podrían tomar decisiones sin prestar atención a su opinión quedando así invisibilizada por la visión adultocéntrica de la mediación.

4.1.2. Resolución judicial

Los progenitores que no logran un acuerdo requieren de una resolución judicial dispuesta por una jueza, quien debía seguir algunas reglas dispuestas no solo en el ordenamiento jurídico nacional de asignación de la tenencia, sino también, lo establecido en los instrumentos internacionales como es en la OG/14 del CRC.

Patricia Segarra en una entrevista afirmó que “el rol de las juezas es convertirse en el protector proactivo del ámbito emocional, físico, psicológico de las niñas y niños a lo largo del proceso que se decide sobre su situación, de tal forma juezas deberán continuar con la protección mirando a futuro en la vida de las niñas y aplicar medidas de protección. La jueza de niñez y adolescencia deben ser un ser sensible, empático que escuche la opinión de la niña, que le dé un tipo para conocer sus preferencias, gustos, etcétera, con el fin de comprender cuáles son sus deseos, cómo piensa, qué es lo que quiere” (véase anexo II). Es decir, se necesita de una jueza que esté en la capacidad de escuchar a las niñas, ya que la justicia en el ámbito de niñez y adolescencia es un tema delicado y complejo ya que la decisión afectará a la vida de las niñas, niños, adolescentes y familia, por lo que una decisión mal tomada marcará su vida.

4.2. Parámetros de evaluación para otorgar la tenencia

Cuando los progenitores no pueden llegar a un acuerdo sobre la tenencia es obligación el acudir a la justicia ordinaria. Sin embargo, el hecho de que los progenitores no posean la tenencia exclusiva no constituye una inhabilitación para cooperar en la crianza de sus hijas y no cumpla sus obligaciones como progenitor a menos de que vaya en contra de su ISN.

En Ecuador, las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de visitas con sus progenitores, el cual es de carácter obligatorio en todos los casos en que la jueza confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen

de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija (CONA, art. 122). Sin embargo, según la opinión vertida por Simon (2022), con el fin de promover la corresponsabilidad parental, se debe cambiar lo denominado por el CONA como visitas, debido a que el progenitor que no posee la tenencia termina siendo percibido como un visitante y su relación se ve deteriorada. Además, Simon (2022) opina que se debería fortalecer el derecho de visitas de los progenitores, por lo que si un progenitor no permite ver a su hija al otro progenitor, debería ser un indicio suficiente para evidenciar una afectación al ISN de la niña, ya que es su derecho el tener un vínculo emocional con ambos progenitores.

A partir de la declaración de inconstitucionalidad de la preferencia materna, la CCE dispuso a la Defensoría del Pueblo junto con los distintos organismos estatales el preparar un informe con los parámetros pertinentes para conceder la tenencia, de conformidad con los criterios desarrollados en la sentencia; sin embargo, hasta el desarrollo de la presente investigación no han sido realizados.

Simon (2022) sugiere que los criterios de atribución de la tenencia deberían ser evaluados por los elementos sugeridos por el Comité de los Derechos del Niño, además que las funcionarias legislativas deberían incorporar en la normativa nacional las opciones de tenencia que ya fueron revisadas *supra* con el fin de que las juezas puedan optar con mayor claridad por un tipo de tenencia en beneficio para su ISN.

El fin de otorgar la tenencia ya sea compartida o exclusiva es velar por el ISN de las niñas, niños y adolescentes, es decir, el valorar elementos con el fin de aplicar el ISN, tal como se pudo observar *supra* en la OG/14 del CRC, por esta razón, se propondrá algunos como las: características de la niña, idoneidad de progenitores, salud mental y física, características emocionales del progenitor ideal, entorno adecuado y vínculos emocionales con sus progenitores o familiares.

4.2.1. Características de la niña

En un primer momento la jueza debería aplicar la primera etapa dispuesta por el Comité de los Derechos del Niño en su OG/14 revisada *supra*, sobre la evaluación de las características que hacen única a la niña, con el fin de entenderla, de tener un panorama ampliado de su vida y de comprender cómo la decisión judicial afectará en el futuro de la niña. La jueza debería valorar y conocer la edad de la niña, niño o adolescente, si es que tiene hermanos o si es que pertenece a un grupo minoritario, respetar su identidad y resguardarla frente a personas que no sean parte del proceso.

La jueza también debería conocer aspectos de las niñas como su rutina, preferencias, necesidades físicas, emocionales, culturales, espirituales, educativas, médicas, etc. El fin de considerar cualquier necesidad médica, de salud mental o educativa especial es debido a que la niña pueda “requerir acuerdos especiales de crianza o acceso a los servicios recomendados” (MN Statutes, art. 2, traducción propia).

4.2.2. Idoneidad de progenitores

Los progenitores son los individuos que principalmente deberían ser evaluados junto con algunos aspectos como la personalidad, capacidades, aptitudes, características emocionales, salud física, mental, psicológica y vínculos emocionales desarrollados con sus hijas. Además, es “necesario que no se considerare ningún tipo de conducta de las partes que no afecte la relación del padre con [la niña]” (Sec. 518.17 MN Statutes, traducción propia).

El progenitor debería ser una persona apta e idónea para otorgársele la tenencia de la niña, entendiéndose a la “aptitud” como la “capacidad para operar completamente en una determinada actividad”, mientras que el ser idóneo es ser “adecuado y apropiado para algo” (RAE, 2022), es así, como la jueza debería valorar la aptitud e idoneidad de los progenitores

para satisfacer el bienestar de las niñas, niños y adolescentes al brindarles un entorno adecuado dependiendo de su “edad, cuidado, protección y seguridad” (CCE, No. 28-15-IN/2).

4.2.2.1. Características emocionales

El progenitor adecuado debería ser aquella persona que se encuentre mejor capacitada para promover su crecimiento y desarrollo saludable por medio de una relación segura, estable y enriquecedora entre la niña y ambos progenitores y que se tenga la voluntad de satisfacer las “necesidades continuas de desarrollo, emocionales, espirituales y culturales de [las niñas, niños y adolescentes] (...)” (Sec. 518.17, MN Statutes, traducción propia).

La niña también necesita de un cuidador “sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas de [la niña, niño y adolescente]” (CCE, No. 28-15-IN/2, párr. 198), es decir, que los progenitores “puedan responder a las necesidades de un niño con sensibilidad y proporcionarle amor y orientación, y estas pueden diferir entre padres y culturas” (Sec. 518.17 MN Statutes, art. b.9, traducción propia).

Pero ¿cómo una jueza puede medir esta “capacidad y predisposición de crianza”? Esta respuesta la encontramos en la doctrina del Dador de Cuidados Básicos revisado *supra*, puesto que como lo explica Goiriena (2005), el dador de los cuidados básicos se fundamenta en la consideración de que el ISN recae en poseer mayor estabilidad emocional frente al atravesar por situaciones de ruptura de sus hogares y que el cambio que implica para la niña, niño o adolescente debería ser lo menos fuerte (p. 53). Además, la aplicación de esta doctrina reduce de manera significativa el margen de discrecionalidad que posee la jueza, ya que las pruebas recaerán en cuál de los dos progenitores “ha procurado mayores cuidados afectivos durante la convivencia” con la niña (Goiriena, p. 54).

Al evaluar la historia de crianza de la niña, niño y adolescente se podrá determinar quién de los progenitores ha fungido realmente como un cuidador, que no solo desea poseer la tenencia como una victoria frente al otro progenitor, sino más bien se debería procurar otorgar la tenencia exclusiva al progenitor que ha desarrollado un vínculo fuerte y verdadero con la niña a lo largo de su vida, ya que si se le otorgaría la tenencia a un progenitor con el cual no haya desarrollado un lazo fuerte podría afectar a su desarrollo integral.

4.2.2.2. Salud física, mental y psicológica

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2005) define a la salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, es decir, son necesarias estos tres elementos para afirmar que una persona tiene salud, sin embargo, pueda ocurrir que tras ya algún evento desafortunado se genere o empeore alguna afectación, enfermedad o trastorno mental, este no es un motivo para negar la tenencia sino siempre y cuando se compruebe que se “afecte la seguridad o las necesidades de desarrollo del niño” (Sec. 518.17 MN Statutes, art. 5).

El poseer un trastorno o enfermedad no implica que el progenitor no pueda ejercer el cargo de la tenencia, ya que, por ejemplo, si la niña posee alguna afectación psicológica, el progenitor podría encontrarse en tratamiento mental para mejorar, por lo que la jueza debería valorar los méritos que hace el progenitor para mejorar su situación, su compromiso, resultados y amor en conjunto con los posibles efectos directos o colaterales en la vida de la niña.

4.2.2.3. Vínculos emocionales con sus progenitores o familiares

Las niñas, niños y adolescentes desarrollan vínculos emocionales no solo con sus progenitores sino también con su familia y amigos, por lo que es necesario conocer el vínculo emocional, con el progenitor y con su familia ampliada o cualquier otra persona que pueda

influir emocional o psicológicamente en el ISN de la niña. La CCE recomienda realizar un estudio del vínculo afectivo que se ha desarrollado junto con su familia ampliada, la “dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio” (No. 28-15-IN/2, párr. 248). Es decir, se debe valorar y tomar en cuenta la vinculación afectiva con cada progenitor con el fin de otorgarle al progenitor que ha dedicado tiempo y compromiso en la crianza de la hija.

4.2.2.4. Entorno Adecuado

El entorno es definido como el “el ambiente, lo que rodea” o como el “conjunto de características que definen el lugar y la forma (...)” (RAE, 2022), es decir, al establecer la tenencia se debe velar por brindar el entorno más propio para la niña, amenorando cualquier daño producido por la disrupción potencial de la vida escolar y social de la niña. Con frecuencia, tras el divorcio o la separación, los niños han de reubicarse en un barrio nuevo y en una escuela distinta, con la consiguiente pérdida de sus relaciones con sus iguales y con las actividades hasta entonces habituales, viéndose obligados a realizar un muy costoso esfuerzo adaptativo a esos nuevos contextos (Vallejo, Sánchez, F.; Sánchez, P; 2004, p. 3528).

El domicilio de los progenitores deberá ser evaluado, ya que podría ser beneficioso que la niña viva cerca con el fin de continuar compartiendo una relación vial con ambos. Además, que se debería procurar mantener la continuidad de la vida de la niña, niño y adolescente, junto con su estabilidad, sus rutinas preestablecidas antes de la separación o divorcio de sus padres. Se deberán tomar en cuenta ciertas variables como su hogar, escuela o comunidad, la existencia o no de maltrato intrafamiliar o cualquier potencial daño que podría sufrir la niña. Es decir, al valorar el entorno adecuado se estaría velando por el impacto y los efectos que puede involucrar en el bienestar y desarrollo de la niña, frente a los posibles cambios en el hogar, escuela y su comunidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La declaratoria de inconstitucional de la preferencia materna en las reglas de tenencia contribuye al cambio de paradigma de objetos de derechos a sujetos de derechos, sin embargo, al ser el ISN un término indeterminado, las juezas adquieren un mayor grado de discrecionalidad en la toma de sus decisiones, por lo que con el fin de mitigar la indeterminación del concepto del ISN es menester contar con un personal capacitado en la rama de Niñez y Adolescencia, para que así las decisiones adoptadas sean las más adecuadas a favor del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

Quienes emiten resoluciones judiciales en la justicia ecuatoriana no se encuentran capacitadas de manera especializada para tomar las mejores decisiones en los casos de tenencia, ya que no existe el personal judicial especializado ni las instalaciones adecuadas que aseguren la garantía los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes, por lo que, existe una gran posibilidad de que ellas sean revictimizados dentro del sistema judicial.

Los operadores de la justicia ecuatorianas en materias de Niñez y Adolescencia utilizan criterios que perpetúan la doctrina de Situación Irregular, especialmente en lo relacionado a los procesos de tenencia, ya que en la mediación su derecho a ser escuchado y participación de las niñas, niños y adolescentes no es clara. Mientras que, en la justicia ordinaria, las resoluciones no son debidamente motivadas y su derecho a ser escuchado y de participación en el proceso tampoco es respetado.

Las reglas de atribución de la tenencia no deben ser reglas rígidas, sino más bien criterios orientadores que faciliten a las juezas el aplicarlos de forma particular caso por caso. Es decir, se debería analizar cada niña, niño o adolescente de forma particular, de tal manera que incluso frente a un grupo de hermanos no se atribuya la tenencia como grupo de hermanos, sino más bien como seres independientes al analizar sus características particulares.

Se debería reforzar la implementación de Abogados del Niño dentro de la justicia ecuatoriana, así como las sentencias integradas para niñas, niños y adolescentes con el fin de garantizar la justicia especializada en Niñez y Adolescencia, especialmente en la garantía del derecho a la asistencia letrada.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, L. (2016). De la Doctrina de la Situación Irregular a la Protección Integral: una aproximación crítica a los cambios en la orientación de la atención pública a la infancia y la adolescencia en Uruguay. Recuperado de https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/19052/1/TTS_AcostaBentancorMariana.pdf
- Acuña, P. (2015). El Principio del Interés Superior del Niño frente a la nueva impunidad del Código Orgánico Integral Penal. Recuperado de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1529/1/76066.pdf>
- Aguilar, Y; Valdez J; González-Arratia, N; González, S. (2013). Los roles de género de los hombres y las mujeres en el México contemporáneo. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/292/29228336001.pdf>
- Alfaro, F; Segarra, E; Estrella, S; Torres, S; Minango (2017). Glosario Feminista para la igualdad de género. Centro de Publicaciones de la Universidad Católica del Ecuador.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño [Cod 1251 de 2015]. (25 de noviembre del 2015). RO. 153 de 21 de marzo de 1990.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. [Cod 1238 de 1979]. (27 de octubre de 1981). RO. 153 de 21 de noviembre del 2005.
- Asamblea Nacional. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [Ley 100 de 2003]. (03 de enero del 2003). RO. 737 de 29 de julio del 2019.
- Ávila, R. (2007). Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos. UASB-Ecuador. Recuperado de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/326/325/>
- Ávila, R. (2008). Neoconstitucionalismo y Sociedad. 1ra. Edición. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/neoconstitucionalismo.pdf>
- Barcia, R. (2018). La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200469&lng=es&nrm=iso

- Beloff, M. (2009). Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf>
- Bennett, E. (2014). Child Custody, Custodial Arrangements, and Financial Support in Late Nineteenth Century Kansas. Recuperado de https://www.kshs.org/publicat/history/2014spring_bennett.pdf
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018). Historia de la Ley No. 20.680 Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL_20680.pdf
- Bofill, A. y Cots, J. (1999). La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia. Recuperado de https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
- Breen, C. (2002). *The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law (International Studies in Human Rights)*. 1st edition. Springer.
- Buaiz, E (2003). La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Recuperado de <http://aularedim.net/diplomado/docs/M2/M27.pdf>
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario de ciencias jurídicas/ edición actualizada por Guillermo Cabanellas de la Cueva*. Buenos Aires. Heliasta.
- Carbonell, R. (s.f.). El principio de igualdad entre hombres y mujeres. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10750/RuizCarbonell.pdf>
- Catalán, M., Begoña, M., De la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, D., Marín, C., Matas, A., Soler, C. (2008). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3150/315024768008.pdf>
- Chucad, J., Zambrano, J., & González, R. (2022). La mediación en el derecho de familia y sus beneficios para las partes intervinientes. *Ciencimatria*, 8(14), 108-119. Recuperado de <https://www.cienciamatriarevista.org.ve/index.php/cm/article/view/639#:~:text=Se%20concluye%20que%20la%20aplicaci%C3%B3n,de%20una%20nueva%20realidad%20social>

- Cillero, M. (2015). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (p.77). Recuperado de http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- Clarke, K., & Hayward, C. (1996). Advantages of father custody and contact for the psychological well-being of school-age children. *Journal of Applied Developmental Psychology*, 17(2), 239–270. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0193397396900271>
- Comité IDH (2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño OC-17/2002. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Comité IDH (2013). Observación No. 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial.
- Congreso Nacional. Código de Menores. [Ley 170 de 1992]. (7 de agosto de 1992). R.O. 995 de 3 de enero del 2003.
- Consejo de la Judicatura (CJ, 2016). Resolución N 10-2016. Recuperado de <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2016a/16-10%20nombramiento%20curador%20ad%20item.pdf>
- Consejo de la Judicatura (CJ, 2020). Art. 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública - LOTAIP Literal b1) El directorio completo de la institución. Recuperado de [http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/phocadownloadpap/2017/enero/Literal%20b1\).pdf](http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/phocadownloadpap/2017/enero/Literal%20b1).pdf)
- Consejo de la Judicatura (s.f.) La mediación como método alternativo a un proceso judicial que beneficia a la ciudadanía ahorrando dinero y tiempo. Recuperado de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/boletines-informativos/35-la-mediacion-como-metodo-alternativo-a-un-proceso-judicial-que-beneficia-a-la-ciudadania-ahorrando-dinero-y-tiempo>
- Consejo de la Judicatura. (CJ, 2020). Datos estadísticos. Recuperado de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#ingreso-de-causas-2020>
- Consejo de la Judicatura. (CJ, 2020). Resolución 049-2020. Dirección nacional de innovación, desarrollo y mejora continua del servicio judicial. Informe plan de cobertura judicial 2020.
- Consejo de la Judicatura. (CJ, 2021). Rendición de Cuentas de 2021. Recuperado de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Libro%20RC%202022.pdf>

- Consejo de la Judicatura. (CJ, 2022). Centros de Mediación aprobados por el pleno de la Corte al 18 de marzo del 2022. Recuperado de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/63-mediacion-y-cultura-de-paz/409-informacion-centros-de-mediacion.html>
- Consejo de la Judicatura. (CJ, s.f.). Beneficios de la mediación. Recuperado de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-25/beneficios-de-la-mediacion>
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). (artículo 26). 2da Ed. Recuperado de: <https://www.cosedec.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador (2008). Sentencia N.º021-11-SEP-CC Caso N.º0317-09 [Dr. Edgar Zarate Zarate].
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Protocolo Interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación y Escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales.
- Corte Constitucional del Ecuador (2022). Protocolo Interno de la Corte Constitucional para Garantizar la Participación y Escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos Constitucionales.
- Corte Constitucional del Ecuador (24 de noviembre de 2021). Sentencia No. 28-15-IN/21. [MP Enrique Herrería Bonnet].
- Corte Constitucional del Ecuador. (11 de marzo de 2015). Sentencia CCE-EP-064-15-SEP-CC. [MP Patricio Pasmíño Freire].
- Corte Constitucional del Ecuador. (20 de octubre de 2021). Sentencia No. 1158-17-EP/21 [MP. Alí Lozada Prado].
- Corte Constitucional del Ecuador. (28 de octubre de 2019). Sentencia 7-11-IA/19. [MP Enrique Herrería Bonnet].
- Corte IDH (2010). Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 216. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.
- Corte Nacional de Justicia (2012). Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia R. 0318-2012.

- De Carlucci, K; Molina, A; Mariel F (2015). La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. Recuperado de <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>
- Durden, T; Brand, G; Fox, M; Guzman J.; Poppe L.; Werth, A; Vonderohe, M.; Pitt, R. (2011). Ages and Stages. University of Nevada. Recuperado de <https://extensionpubs.unl.edu/publication/9000016368179/ages-and-stages/>
- El Comercio (2021). El Consejo de la Judicatura emite guía para juicios de niñez. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/consejo-judicatura-guia-juicios-ninez.html>
- El Comercio (2021). Guillermo Lasso no ha eliminado las pensiones alimenticias, según aviso que circula en redes sociales. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/guillermo-lasso-eliminacion-pensiones-alimenticias-redes-sociales.html>
- El Comercio (2021). Organizaciones y expertos rechazan inconstitucionalidad al tema de preferencia materna en Ecuador. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/organizaciones-rechazo-preferencia-materna-corte-constitucional.html>
- Espinosa, Z. (2018). Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspecto jurídico procesales. Madrid Dykinson. ISBN 9788491487869. Recuperado de <https://ebSCO.puce.elogim.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=1907379&lang=es&site=eds-live>.
- Fariña, F.; Seijo, S.; Arce, R; Vázquez, M (2016). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma.
- Fiscalía General del Estado (2018). Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense Mediante Escucha Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Violencia Sexual. Recuperado de <https://www.cienciasforenses.gob.ec/wp-content/uploads/2019/07/1.-Protocolo-Ecuatoriano-Entrevista-Forense-NNA-escucha-esp.pdf>
- Flórez, E. & Mojica, C (2020). Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción. Recuperado de <https://doi.org/10.5281/zenodo.3907038>
- Freedman, D. (s.f.). Los riesgos del interés superior del niño o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la Convención (p.14). Recuperado de

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>

Función Judicial (CJ, 2020). Número de la Mediación. Recuperado de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#acuerdos-logrados-en-2014-2015-2016-2017-2018-2019-2020>

García, S. (2016). Interés Superior del Niño. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131

Goiriena, A (2005). La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1229624.pdf>

Gonzales, D. (2002). La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia. Recuperado de http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura24.participacion.pdf

González, H (2016). Las familias transnacionales ¿una tautología? Más allá de la dicotomía “distancia/proximidad geográfica”. Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682016000100024#:~:text=La%20definici%C3%B3n%20m%C3%A1s%20utilizada%20de,permiten%20que%20sus%20miembros%20se

Griesbach, M. (2021). La estructura narrativa del niño, niña o adolescente, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, Curso Los Derechos de la Infancia y el Acceso a la Justicia, México, 2021.

Hartenstein, J (2016). Doctrine Tender Years. University of Central Missouri. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/314942512_Tender_Years_Doctrine

Instituto Nacional de Economía y Censos (INEC, 2021). Boletín técnico N°01-2021-REMD. Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios, Población y migración.

Instituto Nacional de Economía y Censos (INEC. (2017). Los divorcios crecieron 83, 45% en diez años en Ecuador. Recuperado de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/los-divorcios-crecieron-8345-en-diez-anos-en-ecuador/>

Jetón, P y Jimbo, M. (2010). La responsabilidad de la familia en la plena vigencia de los derechos de los niños. Recuperado de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2353/1/tps651.pdf>

- Klaff, R (1982). The Tender Years Doctrine: A Defense. Recuperado de <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Tender-Years-Doctrine%3A-A-Defense-Klaff/1c22c6aacc1acfb3c7a3248b8c8a0eefb37de7ad>
- Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Algunas consideraciones. No. 10, pp. 9-37. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370838868001.pdf>
- 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. *Revista Ius et Praxis*. No. 2. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200006
- Machado, W. (2018). El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho de motivación. Recuperado de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6171/1/T2599-MDE-Machado-El%20principio.pdf>
- Mansilla, M. (2000). Etapas del desarrollo humano. Recuperado de <https://www.studocu.com/latam/document/universidad-nacional-autonoma-de-nicaragua-leon/psicologia-social/etapas-del-desarrollo-humano-maria-eugenia-mansilla-a/18375941>
- Mesquida, J (s.f.). El concepto de discrecionalidad y su control. Universidad de Las Illes Balears (España). Recuperado de <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/1096/1294/#:~:text=La%20discrecionalidad%20es%20la%20facultad,la%20norma%20jur%C3%ADdica%20a%20aplicar.>
- Meuwissen, A & Englund, M. (2016) Executive function in at-risk children: Importance of father-figure support and mother parenting.
- Minnesota Statutes (2021). 518.17 Custody and Support of Children on Judgment. Recuperado de <https://www.revisor.mn.gov/statutes/cite/518.17>
- Mojica y Flórez (2020). Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua.
- Montecino, S. (2010). Análisis del discurso de género desde una organización de padres separados y/o solteros sin tuición de sus hijos en Chile. Recuperado de http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas_m/pdfAmont/cs-cisternas_m.pdf
- Montoya, L. (2017). El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchado en los procedimientos judiciales en materia familiar en atención a su interés superior.

- Recuperado de <https://doctoradoderechoprocesal.uabctijuana.com/wp-content/uploads/2020/09/TT-version-final-Laura-Lizeth-Montoya-Tellez.pdf>
- Nygaard, M. (1998). Growing Up With Dad: A Comparison of Children Aged 3-5 Years Old Living with their Mothers or their Fathers. 5(1), 41–54. Recuperado de <https://doi.org/10.1177/0907568298005001004>
- Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia (ODI, 2009). Modelo especializado Para la toma de declaraciones infantiles ¿Cómo obtener información sin revictimizar al niño?
- Organización de las naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos: Historia de la Declaración. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>
- Organización de las naciones Unidas (1959). Declaración de los Derechos del Niño (p. 2). Obtenido de <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Polikoff, N. (1982). “Why are mothers losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations”, in Women’s Rights Law Reporter, vol. 7, p. 243. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/worts7&div=35&id=&page=>
- Ramírez, G. (2015). La declaración de Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿Una declaración de segunda clase?. Recuperado de https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf
- Raspigliosi, V. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Lima. Grijley E.I.R.L.
- Ravetllat, I & Pinochet, R. (2015). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y su Configuración en el Derecho Civil Chileno. Rev. chil. derecho vol.42 no.3 Santiago. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007
- Rey, M. (2019). El abogado del Niño. Representación de una garantía procesal básica. Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Niñez y Juventud, 17(1), 35- 46. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1710>
- Rose, E. y Ho Po, W. (2014). But Who Will Get Billy? The Effect of Child Custody Laws on Marriage. Recuperado de: http://busecon.wvu.edu/phd_economics/pdf/14-30.pdf

- Rospigliosi, E. (2012). Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones de hecho. Lima: Gaceta Jurídica.
- Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires (2014). Ley 14568. Recuperado de <https://www.scba.gov.ar/servicios/violenciafamiliar/201903/Ley%2014568%20-%20Abogado%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>
- Simon, F (2012). [CEDEC Corte Constitucional del Ecuador]. (1 de junio del 2022). Segundo encuentro por los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Interés Superior del Niño [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=GseM9qMPv3I>
- Simon, F. (2006). Análisis del Código de la Niñez y adolescencia del Ecuador. Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/01/20_analisis_del_codigo.pdf
- Simon, F. (2008). Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales. Tomo I. Quito, Cevallos.
- Simon, F. (2009). Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Conversión 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. Iuris Dictio.
- Simon, F. (2021). Manual de Derecho de Familia. Cevallos. 2da. Quito.
- Sociedad de Naciones (1924). Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (p.1). Recuperado de http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20NNA/expedientes/02_01.pdf
- Suárez, G. (2014). La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. [Revista de estudios histórico-jurídicos](http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552014000100005). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552014000100005>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021). Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia. México. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20IA%2010nov21.pdf>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN, 2014). Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que Involucren Niñas, Niños y Adolescentes, México. Recuperado de http://www.tribunalbcs.gob.mx/admin/imgDep/Tribunal/Protocolos/protocolo_infancia_a_2da_version.pdf
- Tenesaca, S., Trelles, D. (2021). El Derecho Constitucional a la Motivación: Línea Jurisprudencial de la Corte Constitucional, a partir del año 2019. Recuperado de <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/339/605>
- Urquijo, S. y Gonzalez, G. (1997). Adolescencia y Teorías del Aprendizaje. Fundamentos. Documento Base. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata. Recuperado de <https://www.aacademica.org/sebastian.urquijo/57.pdf>
- Valarezo, C, Celi, S; Rodríguez, D, Guerrero C. (2020). Caracterización general y evolución de la personalidad en la primera infancia. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2616-79642020000400010&script=sci_arttext&tlng=es
- Vallejo, R; Sánchez-Barranco, F. Sánchez-Barranco, P. (2004). Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006
- Villalta, C & Martínez, M. (2016). Cuando lo privado se hace público: El abogado del niño en la justicia de familia. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v17n1/2027-7679-rlcs-17-01-00035.pdf>
- Villalta, C; Herrera, M; Burgués, M; Martínez, J. (2015). El derecho del niño a ser oído y la implementación del abogado del niño en la justicia de familia. Informe final de investigación. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Buenos Aires.
- Wallace, S. y Silverberg, S. (2003). Influence of Child and Family Factors on Judicial Decision in Contested Custody Cases. Family Relations, Vol. 52, p. 18.
- Yanes, C. (2016). El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato. Recuperado de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4981/1/T1940-MDP-Yanes-El%20interes.pdf>

ANEXOS

Anexo I: Extracto de entrevista realizada a investigadora Patricia Calero del 28 de diciembre del 2021

La Guía es un instrumento inefectivo para la aplicación del ISN ya que no cumple con su función de ser una guía, sino más bien un compendio de instrumentos internacionales cuando en realidad lo que debería ser una adaptación de lo dicho por la Convención de los Derechos del niño en sus distintas opiniones consultivas como la No. 12 y 14, con el fin de adecuarlos a la realidad nacional. Debería existir una adecuada interpretación de la OG 12 y 14 de los instrumentos nacionales e internacionales.

Las niñas, niños y adolescentes pertenecer a un grupo de atención prioritaria, por lo que en virtud del al principio de prioridad absoluta las juezas se encuentran en la capacidad para aplicar estos dos criterios orientadores y aplicarlo para que en la toma de decisiones ellas se encuentren por sobre las demás personas y guardan gran relación con los procesos de tenencia, ya que el principio les habilita a las juezas el usar los recursos de forma primordial y precautelar el bienestar y derechos de la niña, como en el caso de que los progenitores se encuentren en constantes peleas, las personas juezas, a razón del principio, tienen la facultad de enviar a terapia a los progenitores con el fin de que se aleje a la niña de los problemas para después resolver sobre la tenencia

El rol de las juezas es convertirse en el protector proactivo del ámbito emocional, físico, psicológico de las niñas y niños a lo largo del proceso que se decide sobre su situación. Si las niñas dentro de un proceso de escucha no desean participar es motivo de preocupación el hecho de que la niña no quiera mostrar su opinión, por lo que la jueza tiene el deber de investigar y determinar, por qué razón la niña no desea expresarse con el fin de ayudar al desenvolvimiento del caso ya que muchas veces la niña se encuentra amenazada por algún miembro de la familia.

Anexo II: Extracto de entrevista realizada a jueza Dra. Patricia Segarra, 01 de enero del 2022

En los procesos de tenencia las niñas, niños y adolescentes sufren de una cosificación, ya que son vistas como una especie de trofeo, y quien gana la tenencia es el bueno o el malo de la relación, por esta razón, como se encontraba redactada la ley (preferencia materna) ocasionaba que se convierta aún más en un campo de batalla a los procesos judiciales de familia causando un daño psicológico directo a la niña

El equipo de una jueza de familia está conformado por un equipo legal conformado generalmente por una ayudante judicial y una secretaria. Se debería contar con un equipo de 3 especialistas de la salud, 1 médica, 1 psicóloga perita y 1 trabajadora social con el fin de que los temas relacionados con el área de niñez y adolescencia sean resueltos de una forma óptima.

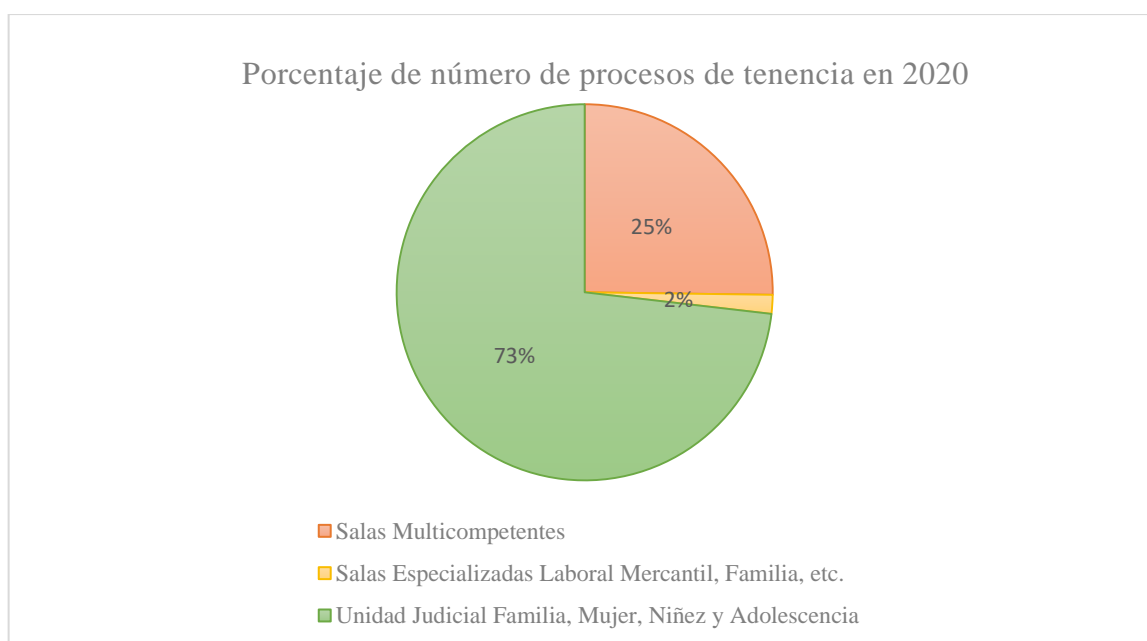
La Guía del Interés Superior del Niño termina siendo una herramienta ineficiente, desarrollado por personas que nunca en su vida han litigado puesto que no se adecúa a el fin que persigue. Al Consejo de la judicatura le interesa más el número de casos resueltos, más no el tiempo que implica el resolverlos, aspecto que puede ser evidenciado en la modalidad de calificación de las juezas.

Muchas veces las juezas no valoran realmente la opinión del niño para la motivación de los casos de tenencia, sino más bien el motivar una sentencia en beneficio del ISN fungía como una especie de check list de la cual las juezas debían agregar en la sentencia sin realmente motivar por qué la resolución es la mejor según el ISN, aspecto que empeoraba con la existencia de la norma de la preferencia materna, ya que se escuchaba todo, menos a la niña, puesto que al existir dicha norma se aplicaba de forma predeterminada la tenencia a favor de la madre, sin realmente considerar la opinión del niño ni su ISN. El rol de las juezas es convertirse en el protector proactivo del ámbito emocional, físico, psicológico de las niñas y niños a lo largo del proceso que se decide sobre su situación, de tal forma juezas deberán continuar con la protección mirando a futuro en la vida de las niñas y aplicar medidas de protección.

Anexo III: Tabla resumen de número de procesos de tenencia del período de 2020- 2021

Gráfica III.1. Número de casos de tenencia en unidades judiciales en el 2020

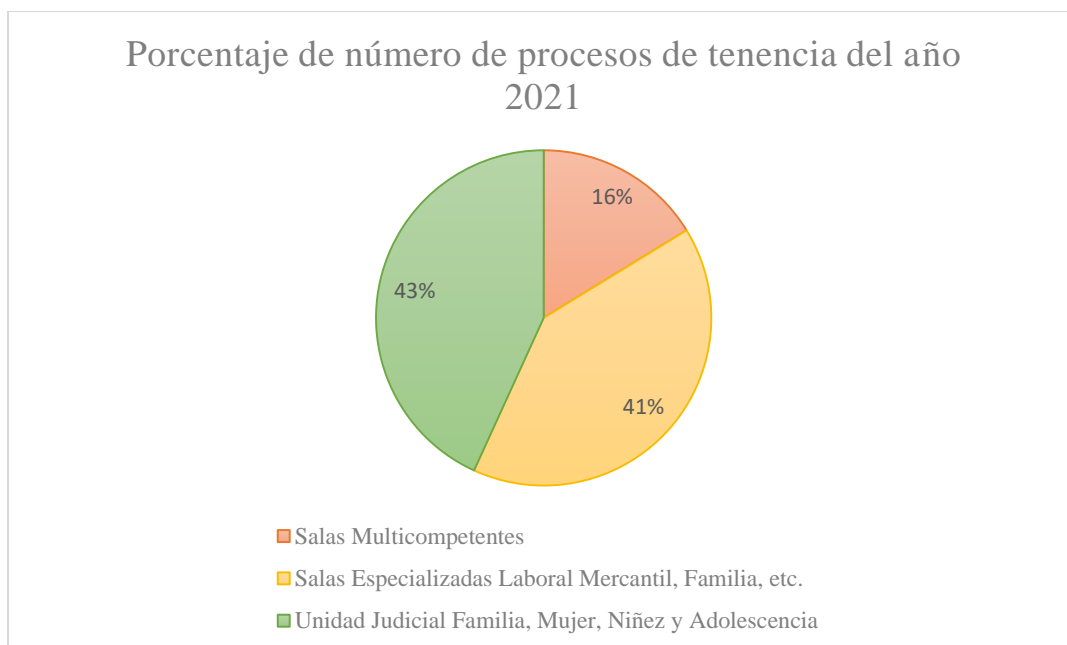
Tipo de Unidad Judicial	Año 2020
Salas Multicompetentes	530
Salas Especializadas Laboral Mercantil, Familia, etc.	34
Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia	1538
TOTAL	2102



Gráfica III.2. Porcentaje de número de procesos de tenencia en año 2020

Gráfica III.3. Número de casos de tenencia en unidades judiciales en el 2021

Tipo de Unidad Judicial	Año 2021
Salas Multicompetentes	616
Salas Especializadas Laboral Mercantil, Familia, etc.	1538
Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia	1637
TOTAL	3791



Gráfica III.4. Porcentaje de número de procesos de tenencia en año 2021

Anexo IV: Tabla resumen de número de unidades judiciales a nivel nacional

Gráfica IV.1. Tabla resumen de unidades judiciales multicompetentes a nivel nacional

Provincia	No. De Judicaturas Multicompetentes
Azuay	8
Bolívar	6
Cañar	5
Carchi	4
Chimborazo	7
Cotopaxi	9
El oro	12
Esmeraldas	7
Galápagos	2
Guayas	15
Imbabura	6
Loja	13
Los ríos	9
Manabí	20
Morona santiago	6
Napo	1
Orellana	4
Pichincha	6
Santa elena	1
Santo Domingo de los tsachilas	1
Sucumbios	4
Tungurahua	4
Camora Chinchipe	7
Total general	157

Gráfica IV.2. Tabla resumen de Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Provincias	Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Azuay	4
Bolivar	1
Cañar	2
Carchi	1
Chimborazo	1
Cotopaxi	1
El Oro	3
Esmeraldas	1
Guayas	6
Imbabura	2
Loja	1
Los Rios	2
Manabi	4
Morona Santiago	1
Napo	1
Orellana	1
Pastaza	1
Pichincha	8
Santa Elena	1
Santo Domingo de los Tsachilas	1
Sucumbios	1
Tungurahua	1
Total General	45

Gráfica IV.3. Número de Salas Especializadas de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

Provincia	No.
Azuay	2
Manabí	2
Pichincha	4
Tungurahua	2
Guayas	2
El Oro	2
Total	14

Gráfica IV.4. Tabla resumen de Unidades Judiciales Especializada de Violencia contra la Mujer o Miembros del Nucleo Familiar e Infracciones contra la Integridad Sexual y Reproductiva de Bolivar y Cañar

Provincia	Número de personal de salud de Unidades Judiciales Especializada de Violencia contra la Mujer e Infractores contra la Integridad Sexual y Reproductiva
Azuay	9
Bolivar	3
Cañar	3
Carchi	4
Chimborazo	7
Cotopaxi	3
El oro	5
Esmeraldas	3
Francisco de orellana	2
Galápagos	1
Guayas	36
Imbabura	6
Los rios	5
Manabi	8
Morona santiago	4
Napo	2
Pastaza	3
Pichincha	28
Santa elena	3
Santo domingo tsachilas	5
Sucumbios	3
Tungurahua	5
Total general	148

Gráfica IV.5. Número de Salas Especializadas de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores

Provincia	No.
Chimborazo	2
Cotopaxi	2
Imbabura	2
Loja	2
Total	8

Anexo V: Tabla resumen de número de juezas y funcionarias de salud en Unidades Juciales a nivel nacional

Gráfica V.1. Tabla resumen de Unidades Judiciales Especializada de Violencia contra la Mujer o Miembros del Nucleo Familiar e Infracciones contra la Integridad Sexual y Reproductiva de Bolívar y Cañar

Provincia	Funcionarias de salud	No.
Bolívar	Medica perita	1
Bolívar	Psicóloga perita	1
Bolívar	Trabajadora social perita	1
Cañar	Medica perita	1
Cañar	Psicóloga perita	1
Cañar	Trabajadora social perita	1
Pichincha	Psicóloga perita	10
Pichincha	Trabajadora social perita	10
Prichincha	Medica perita	8

Gráfica V.2. Tabla resumen de número de jueces de Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a nivel nacional

Numero de Jueces	No.
UJ Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia	347

Gráfica V.3. Tabla resumen de número de jueces de Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Bolívar, Cañar y Pichincha

Provincia	Número de jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Bolívar	4
Cañar	10
Pichincha	81