

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**Patria potestad de niños, niñas y adolescentes según el artículo 106.4 del CONA:  
preferencia a la madre y omisión al principio de interés superior del niño**


Trabajo de titulación previo a la  
obtención del título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República  
y Licenciado en Ciencias Políticas y  
Sociales

**Autor:**

Mateo Xavier Suquilanda Tenezaca

**Director:**

Marco Antonio Machado Clavijo

ORCID:  0000-0002-2603-8993

**Cuenca, Ecuador**

2024-04-03

### Resumen

El documento aborda la importancia de proteger el interés superior del niño en contextos de separación parental, proponiendo que el Estado y sus entidades implementen estrategias eficaces para garantizar sus derechos. Se enfatiza en alternativas a la litigación, como la mediación y la conciliación, y se propone un enfoque basado en derechos humanos y desarrollo social. Se examina la necesidad de un seguimiento continuo de las decisiones judiciales para asegurar que se priorice el bienestar de los niños, recomendando protocolos de atención especial en situaciones de riesgo.

El análisis incluye un estudio de jurisprudencia relevante, subrayando los desafíos y oportunidades para fortalecer la seguridad jurídica en la protección de los derechos de los menores. También se realizó una entrevista a tres jueces de la unidad especializada en familia, mujer, niñez y adolescencia de Cuenca con el objetivo de evidenciar realidades y desafíos respecto a la realidad en los juicios a su cargo.

Se aboga por una colaboración interinstitucional y el apoyo de profesionales capacitados para ofrecer acompañamiento psicológico y social a las familias afectadas. La tenencia de los hijos post-separación se identifica como un tema crítico, requiriendo un enfoque imparcial y un análisis profundo para garantizar el bienestar integral de los menores.

*Palabras clave del autor:* interés superior del niño, tenencia del menor, patria potestad, corresponsabilidad parental, separación parental



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

**Repositorio Institucional:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

### Abstract

The document discusses the importance of protecting the best interest of the child in contexts of parental separation, proposing that the State and its entities implement effective strategies to ensure their rights. It emphasizes alternatives to litigation, such as mediation and conciliation, and proposes an approach based on human rights and social development. The need for continuous monitoring of judicial decisions to ensure the prioritization of children's welfare is examined, recommending exceptional care protocols in situations of risk.

The analysis includes a study of relevant jurisprudence, highlighting the challenges and opportunities to strengthen legal security in the protection of minors' rights. An interview was also conducted with three judges of the specialized unit for family, women, children, and adolescents of Cuenca to highlight realities and challenges regarding the reality of the trials they oversee.

It advocates for inter-institutional collaboration and the support of trained professionals to provide psychological and social support to affected families. Custody of children post-separation is identified as a critical issue, requiring an impartial approach and in-depth analysis to ensure the comprehensive well-being of minors.

*Author Keywords:* best interest of the child, custody of children, parental authority, parental co-responsibility, parental separation



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

**Institutional Repository:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

## Índice de contenido

<b>Resumen</b> .....	<b>2</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>3</b>
<b>Agradecimientos</b> .....	<b>6</b>
<b>Dedicatoria</b> .....	<b>7</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>8</b>
<b>Capítulo I: El principio de interés superior del niño, análisis doctrinario-dogmático y su relación con la asignación de la patria potestad</b> .....	<b>9</b>
1.1 CONSIDERACIONES GENERALES .....	9
1.1.1 Origen y desarrollo histórico del concepto de ISN.....	9
1.1.2 ISN en la actualidad.....	11
1.2 EXAMINACIÓN DOGMÁTICO-JURÍDICA.....	14
1.2.1 Sistema universal .....	14
1.2.2 Sistema interamericano .....	19
1.2.3 Ecuador .....	20
1.3 VINCULACIÓN CON LA ASIGNACIÓN DE PATRIA POTESTAD .....	26
1.3.1 Breve desarrollo doctrinario & conceptualización entre patria potestad y tenencia ...	26
1.3.2 El ISN en el escenario ecuatoriano: la tenencia como proceso necesario de reconstruir.....	27
<b>Capítulo II: La sentencia 28-15-In/21 de la corte constitucional del ecuador, análisis críticos a sus consecuencias para los procesos de patria potestad</b> .....	<b>30</b>
2.1 SENTENCIA 28-15-IN/21 .....	30
2.1.1 Antecedentes.....	30
2.1.2 Principales argumentos de las partes procesales .....	31
2.1.3 Problemas jurídicos identificados y respuestas dadas por la CCE .....	35
2.1.4 Criterios vinculantes .....	39
2.1.5 Voto concurrente: Ramiro Ávila Santamaría .....	41
2.1.6 Voto Salvado: Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez .....	43
2.1.7 Examen crítico: puntos de potencial riesgo abstracto .....	44
2.2 COMPARATIVA CON PAÍSES QUE REGULEN LA TENENCIA COMPARTIDA.....	45
2.2.1 España y su sistema de guarda .....	45

<b>UCUENCA</b>	5
2.2.2 Chile y su sistema de tenencia .....	47
2.3 GUÍA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA .....	48
<b>Capítulo III: Perspectiva Jurisdiccional, Recopilación De Nudos Críticos Y Potenciales Soluciones Para Una Adecuada Aplicación Del Isn En Procesos De Asignación De Patria Potestad.....</b>	<b>50</b>
3.1 ENTREVISTAS CON JUECES Y JUEZAS DE UNIDADES ESPECIALIZADAS EN FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN CUENCA. ....	50
3.1.1 Entrevista con el Doctor Juan Carlos Paz .....	50
3.1.2 Entrevista con la Doctora Gabriela Navas Amoroso .....	55
3.1.3 Entrevista con el Doctor Luis Felipe Torres .....	58
3.2 SÍNTESIS.....	61
3.3 CONCLUSIONES .....	64
<b>Referencias.....</b>	<b>67</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>70</b>
ANEXO A. ....	70

### Agradecimientos

A Dios, por abrirme caminos, encenderme las luces, por cuidar y fortalecer mis pasos todos los días de mi vida. Por permitirme cumplir esta meta.

A mi madre Tania y Javier mi padre, por la vida y el enseñarme a vivirla con amor, por ser mis primeros maestros y enseñarme lecciones y valores que guardaré en mi corazón, los honraré siempre.

A mis abuelitos, Rafael y Dora, José y María, por su constante apoyo a lo largo de estos años de soñar y caminar para cumplir mis sueños.

Al Dr. Marco Antonio Machado Clavijo, tutor de esta tesis por su voluntad, su guía y su enseñanza que permitieron una visión profunda y precisa en los temas.

Al Dr. José Chalco Salgado, por su enseñanza dentro y fuera de las aulas, por inspirar con sus grandes aportes y su gran humanismo.

A los Señores Jueces de la Unidad especializada en familia, mujer, niñez y adolescencia del Cantón Cuenca Juan Carlos Paz, Gabriela Navas y Luis Felipe Torres, por su voluntad y transparencia, colaborando importantemente a la realización de esta tesis.

A Jaime, María José, Cristina, Gabriela, Thomas, Jairo, Josué, Kevin, Maite, Israel, Jonnathan, Miguel y todos los amigos que, aunque no mencioné han sido mi ayuda y mi apoyo, por la charla, por la risa y por la vida compartida, amor y gratitud para ustedes.

A mi hermano Sebastián, mis primos Mauricio, Estefanía, Martin, Ariel, Jean, Andrés y Mishel, por su apoyo y la alegría que me comparten siempre, también a mis tíos y tías por su cariño y sus ánimos.

A todos mis maestros, de la Escuela Justo Andrade Abad, de la Unidad educativa Liceo Cristiano de Cuenca, de la Unidad Educativa Bilingüe Interamericana y de la Universidad de Cuenca, por sus enseñanzas hoy presento este trabajo previo a obtener un título universitario.

A la Universidad de Cuenca, sus autoridades y personal administrativo, por la excelencia histórica que con constante vigilancia mantiene a la actualidad un orgullo para quienes tuvimos la oportunidad de aprender en sus aulas.

Gracias Totales.

## **Dedicatoria**

A Tania, mi madre, mi eterna maestra, a quien dedicó su vida para enseñarme a vivir la mía, dedicarle estas palabras no basta, te dedico mis logros presentes y futuros mamá,

A Dorita, abuelita, por su amor y su ternura, por ser mi abrigo cuando mamá no pudo estar y por ser la persona más valiente que he conocido,

A José Benigno, por ti mi amado Abu, por quitarte los años cuando estás conmigo y contagiarme de vida, por regalarme tu risa y tu música,

A Javier mi padre, de cierto modo cumplimos juntos este sueño,

Les dedico estas palabras, este trabajo y lo que significa, un sueño por cumplir, otros por soñar y mucho trabajo para hacerlos realidad.

## Introducción

La investigación presente profundiza en la crítica y el análisis del interés superior del niño dentro del contexto jurídico y social, especialmente en situaciones de separación y divorcio de los padres. A través de un enfoque multidisciplinario el documento busca iluminar cómo las leyes, las políticas públicas, y las prácticas judiciales pueden ser mejoradas para centrarse verdaderamente en el bienestar y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes (NNA). En lugar de perpetuar conflictos o desatender sus necesidades fundamentales.

Este trabajo destaca la transversalidad del interés superior del niño como principio fundamental que debe guiar todas las acciones que tengan que ver con sus derechos. Así también trae a colación una entrevista realizada a juzgadores de la unidad de familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Cuenca para contrastar entre la norma escrita y la realidad procesal.

Igualmente son realizados diversos análisis críticos, como el estudio de la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que resalta los desafíos y las oportunidades para mejorar la seguridad jurídica en temas relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se aborda la importancia de la observancia del derecho comparado y la adaptación normativa para asegurar el bienestar y el desarrollo integral de los menores.

La tenencia de los hijos en casos de separación parental emerge como un asunto de gran importancia, requiriendo un enfoque imparcial y un análisis profundo por parte de los operadores de justicia. Para ello debe contarse con el apoyo de otros profesionales capacitados para ofrecer el acompañamiento psicológico y la intervención social necesaria en cada caso. Se enfatiza en la colaboración interinstitucional como medio para enriquecer el proceso de toma de decisiones, proporcionando investigaciones actualizadas y recursos para apoyar a las familias en transición.



## Capítulo I: El Principio de Interés Superior del Niño, Análisis Doctrinario-Dogmático y su Relación con la Asignación de la Patria Potestad

La noción de interés superior del niño<sup>1</sup> es nueva si se toma como referencia el desarrollo normativo general a nivel mundial, regional y local. A partir de la promulgación de la Declaración de los Derechos del Niño cobra importancia normativa relevante; sin embargo, al ser una declaración internacional tan reciente, ha requerido distintos desarrollos para que su alcance sea comprensible y aplicable. La Declaración de los Derechos del Niño goza de carácter vinculante por lo que es necesaria su adaptación a las distintas legislaciones de sus suscriptores. Teniendo en cuenta que el ISN como concepto es una entidad generadora de principios, garantías y responde a la ponderación de derechos con una premisa siempre: *el interés superior del niño será una consideración primordial*.

Entonces, esta institución supra normativa debe comprenderse como transversal; significando que es aplicable a lo jurídico, político, económico y en todo campo que versen los derechos, o intereses de los menores. Debe considerarse que está en constante desarrollo y la obligación internacional de implementarla como consideración primaria en las decisiones de los gobiernos a nivel internacional. Asentando el concepto a la realidad normativa ecuatoriana el ISN ha sido paupérrimamente atendido principalmente en los procesos de divorcio. Causando una desatención al contenido esencial de este concepto, que deviene en perjuicios a la niñez y adolescencia.

Por dicha razón es que este trabajo se propone principalmente identificar el rol ideal que debería tener el niño o niña en un proceso complejo a nivel emocional como las separaciones. De manera que se logre aportar a la verdad procesal y judicialmente sean adoptadas medidas que protejan y beneficien el libre desarrollo del menor. Debido a que el núcleo familiar del menor ha sufrido un cambio drástico y debería observarse su interés por sobre cualquier otro en juego. Para ello es necesaria la capacidad de expresar su criterio, entre otros requisitos, para conseguir una participación activa en los asuntos que lo afectan de manera directa e indirecta.

### 1.1 Consideraciones Generales

#### 1.1.1 Origen y Desarrollo Histórico del Concepto de ISN

La situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes cobró relevancia hace menos de un siglo, a partir de 1924. La Sociedad de Naciones, en una naciente intención de generar tratados

---

<sup>1</sup> También conocida por sus siglas ISN.

internacionales, suscribe la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño (1924), donde ni se definen ni desarrollan derechos. Pero se menciona por primera vez un reconocimiento de la existencia de derechos específicos para los niños y además se reconoce que los adultos guardan una obligación de cuidado para los niños (artículos 1-5).

En 1959 con la suscripción de la Declaración de los Derechos del Niño por parte de setenta y ocho estados se genera una transformación total. Esta declaración parte de la consideración que el niño posee distintos grados de madurez física y mental por lo que requiere protección y cuidados especiales. Ello sumado a una indispensable protección legal antes y después de su nacimiento. La protección encuentra bases en diez principios desarrollados; el séptimo de ellos menciona por primera vez al ISN. Así, el desarrollo específico menciona que "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres" (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, artículo 7).

En 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño es suscrita y desde su inicio ha sido la fuente desarrolladora de conceptos, principios y garantías que versan alrededor de los niños, niñas y adolescentes. Tanta es su importancia que es el tratado internacional con mayor suscripción internacional; actualmente solo los Estados Unidos de Norteamérica no han suscrito la CDN. Este instrumento cuenta con 54 artículos en los que define y desarrolla un listado de derechos de los niños, entendiéndose como niños a todo ser humano menor de 18 años. Siendo individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana.

En el año 2013 se publica la Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Estos documentos están destinados en términos generales a asegurar que las partes de la Convención implementen y respeten el interés superior del niño. Aclara el requisito de la debida consideración, particularmente en las decisiones judiciales, administrativas y otras medidas que afecten individualmente a los niños. Cabe mencionar adicionalmente que la CDN tiene desarrollo secundario a través de tres Protocolos Facultativos:

- Protocolo Facultativo sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados

- Protocolo Facultativo sobre la Trata de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía
- Protocolo facultativo para el procedimiento de comunicación (presentar quejas individuales).

Los dos primeros protocolos fueron aprobados en el año 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en 2011 se aprobó el tercer protocolo.

### 1.1.2 ISN en la Actualidad

Hoy en día se tiene al ISN como un concepto jurídico indeterminado, esto entendido por la innumerable cantidad de situaciones en las que se podría ponderar el derecho de un menor ante sedes administrativas, procesos judiciales o decisiones privadas de sus padres, haciendo énfasis que en dicha ponderación siempre deberá primar la integridad física y psicológica del menor, los derechos subjetivos que posee el menor por su calidad de vulnerabilidad. Por esta razón, se le considera indeterminado, y para este efecto se llama a la interpretación de los juzgadores para así poder sopesar y decidir según el interés superior del menor (Herencia, 2021, 86-87).

Desde 2002, año en que se promulgó el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia<sup>2</sup>, nuestro ordenamiento jurídico toma al ISN como piedra angular en todo proceso o procedimiento donde se decidan derechos de menores. En la siguiente tabla se identifican algunas de las decisiones que versan los derechos de NNA.

**Tabla #1. Decisiones sobre NNA contempladas en el CONA**

<p>Decisiones judiciales: La decisión sobre el interés del menor recae sobre una autoridad judicial quien deberá ponderar derechos procurando decidir lo que más convenga al menor.</p>	<p>Decisiones extrajudiciales: La decisión sobre el interés del menor cae sobre una autoridad no judicial, pudiendo ser el rector de un plantel educativo, un alcalde, un directivo de un canal de televisión, un ministro, un asambleísta, un presidente de padres de familia de una escuela, entre muchos otros.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Establecer pensión alimenticia</li> <li>• Establecer un régimen de visitas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Construcción de un parque infantil</li> <li>• Elaboración de una ley de</li> </ul>

<sup>2</sup> Conocido también por sus siglas: CONA.

<ul style="list-style-type: none"> <li>● Patria Potestad de niños, niñas y adolescentes.</li> <li>● Emancipación de niños, niñas y adolescentes.</li> <li>● Procesos de divorcio.</li> <li>● Testamento a menores de edad</li> <li>Procesos judiciales cuando la víctima o parte afectada es menor de edad.</li> <li>● Procesos judiciales cuando el sujeto infractor es un menor de edad.</li> <li>● Relaciones laborales con menores de edad.</li> <li>● Tratados internacionales sobre derechos de los niños.</li> <li>● Procesos de adopción.</li> <li>● Sentencia en la que el fallo declare culpable a una madre o un padre de familia.</li> <li>● Sentencia en la que el fallo declare culpable a una mujer embarazada.</li> </ul>	<p>educación.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Creación de proyecto de alimentación escolar.</li> <li>● Creación de subsidio para medicina pediátrica.</li> <li>● Construcción de un hospital.</li> <li>● Becas universitarias de especialidad en el área de pediatría.</li> <li>● Transmisión de programas de televisión y radio en horario familiar.</li> <li>● Venta de alimentos en establecimientos educativos.</li> <li>● Creación de Centros de Desarrollo infantil (CDI).</li> <li>● Políticas de creación y difusión de contenido para niños en plataformas digitales.</li> <li>● Programas de educación sexual para niños, niñas y adolescentes.</li> <li>● Intervenciones quirúrgicas a niños, niñas y adolescentes.</li> <li>● Interacción de menores de edad en redes sociales con adultos.</li> <li>● Espectáculos públicos sin restricción de edad.</li> <li>● Atención integral de salud a la mujer embarazada</li> <li>● Resolución de conflictos de estudiantes en un plantel educativo.</li> <li>● Despido laboral a mujer embarazada.</li> <li>● Control sobre venta de alcohol a</li> </ul>
---	--

	niños, niñas y adolescentes.
--	------------------------------

Los desarrollos del CONA deben entenderse a la luz de las concepciones contemporáneas del ISN en el derecho internacional. Así, actualmente el Interés Superior del Niño es concebido como un concepto triple: un derecho sustantivo, principio jurídico imperativo fundamental y norma de procedimiento (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 4). Ello puede sintetizarse de la siguiente manera:

- **Derecho sustantivo:** la seguridad de que este derecho será respetado siempre que se deban tomar decisiones que tengan un impacto en un niño, en un grupo particular o generalizado de niños, o en los niños en general. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, evaluado y tenido en cuenta al sopesar diferentes intereses para llegar a una decisión sobre una cuestión en disputa.
- **Principio jurídico imperativo fundamental:** Si un requisito legal puede interpretarse de más de una manera, se utilizará la interpretación que mejor sirva a las necesidades del niño. El marco interpretativo lo establecen los derechos protegidos por la Convención y sus Protocolos Facultativos. En sí es una garantía de que la aplicación del derecho en cuanto a materia de niñez siempre sea la más favorable.
- **Norma de procedimiento:** Siempre que se deba tomar una decisión que afecte a un niño específico, a un grupo específico de niños o a los niños en general, el proceso de toma de decisiones debe incluir una estimación del impacto potencial de la decisión. Sin escatimar si dichos impactos sean positivos o negativos pues esto es trascendental para la toma de decisión; aunque es necesario destacar la necesidad de garantías procesales para la evaluación, determinación y cumplimiento estricto del interés superior del niño.

Se desprende una vital importancia dada a las relaciones entre el infante y su familia para la política social y la política pública en la protección de niños y de sus círculos familiares. De allí se desprende el principal interés de esta investigación: la institución de la familia. Consideramos que se debe hacer un nuevo análisis para la comprensión de esta y su relación en los aspectos normativos y procesales ante situaciones de separación. Partiendo de que este núcleo de la sociedad es entendido como el espacio más idóneo para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes, debería así mismo entenderse que la configuración de esta institución llamada familia tiene varios tipos y que tiene nuevas necesidades a considerar y pendientes a atender.

El divorcio es un proceso que configura al modelo familiar, entonces, posterior al divorcio debería entonces configurarse un acompañamiento que atienda al ISN. La observancia del derecho comparado es una opción con distintas variables que sirvan para mirar problemáticas y soluciones a nuestra realidad. Por lo expuesto hay que saber que la familia nuclear tradicional se ha convertido en una de las muchas formas de familia existentes, ya que ahora hay muchas familias de este tipo con nuevas necesidades, problemas y características únicas. (Martínez et al., 2017, p. 2). Sin embargo, a través del correcto funcionamiento del aparato social, deontológicamente podría resolver la problemática, a palabras de Cillero (2001) las instituciones estatales a través de sus profesionales en el sentido más interdisciplinar posible pueden, a través del apoyo y tutela estatal atender estas necesidades o al menos entender la profundidad de estas.

Entendiendo así al aparataje estatal en sus distintas instituciones, sus autoridades, infraestructura y talento humano los que habrán de garantizar mecanismos ordenados y coordinados para que el interés superior del niño se vea reflejado en el actuar del derecho, para ello son los adultos a cargo de los menores quienes deberían activar estas estrategias, darles seguimiento y así beneficiar de una justa tutela a sus menores de edad a su cargo.

## **1.2 Examinación Dogmático-Jurídica.**

### **1.2.1 Sistema Universal**

Con Sistema Universal nos referimos al entramado de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Como punto de partida para la protección específica de menores de edad tenemos la antigua Declaración de los Derechos del Niño celebrada por la Sociedad de las Naciones<sup>3</sup> que contenía cinco artículos únicos; ninguno mencionando el interés superior del niño. Posteriormente sería emitida la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que si bien no tiene fuerza vinculante es importante para el estudio al ser la primera que menciona el interés superior del niño. El texto en cuestión recoge este principio y lo ubica como piedra de consideración fundamental en la promulgación de leyes (principio 2) y como criterio rector de educación y responsabilidad parental (principio 7).

Dentro del mismo sistema han sido emitidos documentos importantes para los derechos de este grupo como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia

---

<sup>3</sup> También conocida como Declaración de Ginebra, emitida en 1924.

Juvenil<sup>4</sup>. También se cuenta con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>5</sup> y con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil<sup>6</sup> que menciona un concepto similar, el "interés general de los jóvenes" (núm. 4, lit. c). El eje articulador de todo el entramado de protección universal actualmente es la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>7</sup>, que entró en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, mismo año en que fue firmada y ratificada por Ecuador. Este documento (1989) reconoce varios derechos de niños y niñas, entre los principales:

- Identidad, documentación e inscripción de su nacimiento (arts. 7-8).
- Familia y vida familiar (arts. 8-10, 16, 18).
- Libertad de expresión e información (arts. 13, 17).
- Libertad de pensamiento y religión (art. 14).
- Libre asociación y reunión (art. 15).
- Integridad personal y protección contra abusos, descuidos, tratos negligentes y explotación (arts. 19, 34).
- Salud (art. 24).
- Seguridad social (art. 26).
- Nivel de vida adecuado (art. 27).
- Descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego (art 31).
- Protección contra el trabajo infantil (art. 32).
- Libertad personal y debido proceso (arts. 37, 40).

El tema central de la investigación es mencionado en el artículo 3 (como un principio que debe ser considerado en las decisiones administrativas, legislativas y judiciales), en el noveno (como principio de observación cuando por distintas razones deba separarse al niño de sus padres). Posteriormente en el artículo 18 (como criterio que debe guiar el actuar de padres o representantes legales del niño en su crianza y desarrollo), dentro del artículo 21 (consideración primordial para el sistema de adopción). Finalmente es mencionado en el artículo 37 (base que

---

<sup>4</sup> Las llamadas Reglas de Beijing, emitidas por la Asamblea General en 1985 en su resolución 40/33.

<sup>5</sup> Emitidas por la Asamblea General en 1990 en su Resolución 45/113.

<sup>6</sup> O Directrices de Riad, emitidas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de 1990.

<sup>7</sup> Cabe en este punto señalar que de igual manera es el único con carácter vinculante; todos los anteriores instrumentos mencionados carecen de la naturaleza de tratado por lo que son catalogados como *soft law*.

fundamenta el que los niños privados de libertad estén separados de los adultos) y en el artículo 40 (como criterio condicionante de ciertas decisiones en procesos penales en contra de menores.

Sin embargo, no es posible encontrar una definición precisa e inequívoca del interés superior del niño en este documento; para ello existe la Observación General No. 14 emitida por el Comité de los Derechos del Niño (2013). El mencionado instrumento menciona que este sería un "concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto" y que su objetivo sería el "disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño" (p. 3). En virtud de ello, el Comité subraya que el interés superior del niño como concepto debe entenderse desde tres dimensiones (p. 4):

- Como *derecho sustantivo* en tanto un niño o niña tiene derecho a que su interés sea una consideración primordial y fundamental al momento de evaluar y ponderar entre diferentes intereses. Con la debida garantía de que este derecho debe ser tomado en cuenta siempre que se dicten resoluciones que afecten intereses de niños o niñas en su esfera individual o como grupo.
- Como *principio jurídico interpretativo* dado que, si una disposición normativa puede interpretarse de varias formas, deberá elegirse la opción que haga efectivo el interés superior del niño.
- Como *norma de procedimiento* ya que en el proceso de toma de decisiones sobre niños en forma individual o como grupo debe incluirse una estimación de los impactos positivos o negativos. Además, deben incluirse las garantías procesales, sobre todo la motivación.

Entonces, sabiendo que el ISN exige una comprensión tridimensional, debe aclararse que el mismo impone un marco de tres obligaciones para los Estados. En primer lugar que el interés superior del niño sea integrado y adecuado en las medidas tomadas por instituciones públicas tanto administrativas como judiciales. Segundo, que las decisiones judiciales y administrativas, la política pública y el ordenamiento jurídico demuestren haber colocado el ISN como consideración primordial. Finalmente, la garantía de que el interés ha sido evaluado y considerado por el sector privado al tomar decisiones que afecten a niños o niñas (p. 5). El cumplimiento de las obligaciones descritas demanda la toma de medidas varias, entre las principales tenemos: modificaciones legislativas, coordinación de política pública, establecimiento de procedimientos de denuncia y reparación, asignación de recursos nacionales, capacitaciones, lucha contra prejuicios culturales, entre otros (p. 6).



En cuanto al concepto de ISN el Comité admite su complejidad y dicta que su contenido debe ser determinado caso por caso. Ello dota a este principio de flexibilidad y capacidad adaptativa, debiendo "ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales" (p. 9). Igualmente permite una interpretación evolutiva de los conceptos de intereses del niño tanto a las situaciones y/o conocimientos cambiantes como a las situaciones individuales de cada menor de edad (p. 10).

Un tema importante que debe ser considerado dentro de nuestra investigación es que el interés superior del niño y su plena vigencia demandan la consideración de cinco parámetros específicos (p. 6):

1. Los derechos de niños y niñas son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados.
2. Los niños y niñas son titulares de derechos.
3. La Convención sobre los Derechos del Niño tiene una naturaleza especial y alcance global.
4. Los Estados Parte tienen la obligación de respetar, proteger y efectivizar todos los derechos contemplados en la Convención.
5. La consideración de los impactos a corto, medio y largo plazo de las medidas que se tomen respecto del desarrollo del niño o niña.

En lo posterior, la misma Observación General desarrolla conceptos importantes como el alcance del término medidas, cómo deben entenderse las afecciones directas e indirectas a menores de edad y el concepto de niños (p. 7). Igualmente se definen los actores obligados por las disposiciones de la Convención, entre ellos tribunales, instituciones públicas y privadas, autoridades administrativas, órganos legislativos y sus obligaciones específicas (p. 8-9). Por otro lado, se da contenido interrelacionado del interés superior del niño con principios de la Convención como: no discriminación, vida, supervivencia y desarrollo y el derecho a ser escuchado (p. 11).

El punto más importante para la presente investigación es el de evaluación y determinación del interés superior del niño desarrollado por la Observación General, que en líneas generales desarrolla dos pasos a seguirse:

1. Determinación de elementos pertinentes, específicos y concretos del caso concreto para evaluar el interés superior del niño. Por tanto, debe dársele un contenido concreto para poder ponderar con otros intereses relacionados.
2. Posteriormente el inicio de un procedimiento con las debidas garantías jurídicas y aplicación jurídica adecuada (p. 12).

La fase de evaluación y determinación del interés superior del niño "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". Siendo que las circunstancias son edad, sexo, grado de madurez, experiencia, discapacidad, contexto socio cultural, presencia de padres, etc. (p. 12-13). El Comité (2013) presenta una lista no taxativa ni exhaustiva de elementos a tenerse en cuenta dentro de esta fase de evaluación: la opinión del menor; su identidad; preservación de su entorno familiar y relaciones; su cuidado, protección y seguridad; situaciones de vulnerabilidad; derecho a salud y derecho a la educación (p. 13-18). Dentro de este tópico es aclarado que no todos los elementos deben ser pertinentes a todos los casos y que incluso pueden existir conflictos dependiendo de las circunstancias específicas.

Para resolver dicha antinomia debe realizarse una ponderación que atienda de mejor manera el interés superior de los niños, con consideración especial de la edad y madurez. Sin olvidar tampoco que sus capacidades evolucionan por lo que decisiones definitivas e irreversibles deben ser evitadas para que puedan ser revisadas acorde una situación futura (p. 18). El documento en cuestión también reconoce determinadas garantías procesales que deben ser reconocidas y respetadas por los Estados dentro de los procedimientos de evaluación y determinación. Deben observarse: el derecho del niño a expresar su opinión, determinación pertinente y profesional de los hechos, la percepción temporal distinta de los niños y niñas, contar con profesionales cualificados, brindar una representación letrada, la debida motivación y argumentación jurídica de las decisiones tomadas. mecanismos para examinar las decisiones tomadas y la evaluación de los impactos en el niño o niña (p. 19-21).

Si bien la Observación General descrita es el principal instrumento interpretativo y de desarrollo del interés superior del niño, existen otros documentos que tienen diversa importancia en la protección de niños y niñas. Principalmente el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los

Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados<sup>8</sup>. Está también el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>9</sup>. Finalmente hacemos referencia a las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño que sirve como guía dentro de contextos competencia del ACNUR.

### **1.2.2 Sistema Interamericano**

Dentro del sistema interamericano de Derechos Humanos (comprendido por la Corte Interamericana<sup>10</sup> y la Comisión Interamericana<sup>11</sup>) no existe un desarrollo tan profundo del ISN. Eso no significa que no se haya tratado el concepto de este o que no existan parámetros básicos que deban ser aplicados y observados por los Estados Parte en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Los derechos del niño en general, entendidos como medidas de protección debidas por su familia, sociedad y Estado, son reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>12</sup> (1969, art. 19). Este tema fue ampliado por la Corte IDH en el año 2002 mediante sus facultades consultivas.

La Opinión Consultiva OC-17/2002 emitida por la Corte IDH (2002) desarrolla de manera específica y amplia la condición jurídica y los derechos humanos de niños y niñas, incluyéndose el interés superior. Para la Corte este es un "principio regulador de la normativa de los derechos humanos [que] se funda en la dignidad misma del ser humano" (párr. 56). Debe vincularse dicho contenido con la necesidad de "ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos" (párr. 59). Para finalizar, la Corte (2002) menciona que este principio debe observarse y prevalecerse en la mayor medida de lo posible; para ello es vital tomar en cuenta la situación específica de los niños con consideración de su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Incluyéndose en la ponderación de medidas adecuadas la evaluación de las características particulares de cada caso (párr. 60-61).

---

<sup>8</sup> Puesto en vigencia en el año 2000; cuenta con una referencia al interés superior del niño en su preámbulo.

<sup>9</sup> Entrado en vigor en el 2000, incorpora el interés superior del niño en el artículo octavo.

<sup>10</sup> En adelante Corte IDH.

<sup>11</sup> En adelante CIDH.

<sup>12</sup> También referida como CADH.

Siete años después, dentro del caso González y otras ("Campo algodoner") vs. México, la Corte IDH (2009) mencionó que la "prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia. Generando obligaciones estatales e irradiando efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad" (párr. 408). Por otro lado, el ISN es citado dentro del caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (1999, párr. 195).

Finalmente existe mención del interés superior del niño dentro del caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú resuelto por la Corte IDH (2004) donde se menciona que el mismo está fundado en la dignidad humana y características específicas de los niños por lo que el principio tiene vigencia en la adopción de medidas de protección (párr. 163). También es utilizado al dar modalidad de cumplimiento a las medidas de reparación cuando coloca el interés superior del niño como principio a ser observado en función del tiempo (párr. 248).

De igual manera es posible encontrar al interés superior del niño como criterio fundamental de desarrollo como parámetro a ser observado dentro de la Opinión Consultiva OC-21/14. Aquí la Corte IDH (2014) ha mencionado que el "principio del interés superior de la niña o del niño (...) debe primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos" (párr. 68). Para concluir, no existe mayor profundidad respecto de este concepto en el sistema interamericano y aparenta ser una deuda pendiente por parte de la Corte IDH como de la CIDH. Menciones en similares términos a los mencionados pueden encontrarse varios otros casos<sup>13</sup> contenciosos resueltos por la Corte IDH.

### **1.2.3 Ecuador**

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se han recogido los principales desarrollos doctrinarios y supranacionales respecto del ISN. Con fin de darle aplicabilidad dentro de distintos escenarios que puedan afectar derechos e intereses de niños y niñas. Este apartado presenta una recapitulación breve de la regulación nacional acerca del ISN en tres grandes grupos: la protección constitucional, el desarrollo infraconstitucional y la jurisprudencia constitucional relevante.

---

<sup>13</sup> Pueden mencionarse: Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana de 2005, Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela de 2014, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de 2012, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina de 2012 y Caso Mendoza y otros vs. Argentina de 2013.

**1.2.3.1 Protección Constitucional.** La Constitución de la República del Ecuador<sup>14</sup> puesta en vigor en 2008 da un paso adelante respecto de derechos de grupos prioritarios en comparación a los mecanismos de protección de constituciones anteriores. El constituyente de Montecristi trazó todo un capítulo dedicado a desarrollar derechos específicos de ciertas personas y grupos que deben ser considerados de atención prioritaria; entre ellos niños, niñas y adolescentes<sup>15</sup>. De esta manera, el texto constitucional (2008) dedica tres artículos al desarrollo de los derechos de NNA (arts. 44-46) y al momento de dar contenido a estas disposiciones incluye al ISN.

El artículo 44 de la Constitución menciona “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”. Podemos observar que la forma en que la CRE recoge este concepto recoge perspectivas vitales para su plena vigencia: (i) el ISN como principio y (ii) la consecuencia de que su aplicación debe primar por sobre otros intereses contrapuestos.

Podríamos entender que el ISN está bastante minimizado en su esfera constitucional dentro del ordenamiento ecuatoriano sin embargo el funcionamiento íntegro del sistema de derechos y garantías no permite una aseveración de tal calado. El contenido de los derechos puede y debe ser desarrollado de manera progresiva “a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas” (art. 11 num. 8). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, especialmente en fallos relevantes como los 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 que han dado contenido a la utilidad y aplicabilidad de instrumentos internacionales.<sup>16</sup>

Por tanto, si bien el ISN no goza de mayor desarrollo constitucional en Ecuador su concepto puede y debe ampliarse con los contenidos de los sistemas universales e interamericanos, por la fuerza vinculante que tienen para el Estado. Sea a través de los instrumentos internacionales

---

<sup>14</sup> En adelante referida también como CRE.

<sup>15</sup> En adelante puede usarse la referencia NNA para englobar a este grupo.

<sup>16</sup> Ambos fallos toman distintas aristas para abarcar el tema de la aplicabilidad de la OC-24/17 de la Corte IDH. El fallo de ponencia de Ramiro Ávila parte de que nuestro ordenamiento no prevé distinción entre *hard law* y *soft law* por lo que la Opinión Consultiva tenía fuerza aplicativa directa. El fallo de ponencia de Alí Lozada parte de la teoría de los intérpretes auténticos; la Corte IDH sería el intérprete auténtico y mediante las Opiniones Consultivas daría contenido a la Convención Americana. Siendo este último documento el vinculante y el resto de los documentos interpretaciones que facilitan la comprensión y aplicación de los derechos reconocidos.

debidamente firmados y ratificados o de mecanismos de interpretación de estos (como Observaciones Generales u Opiniones Consultivas) que entran al bloque de constitucionalidad por provenir de los intérpretes auténticos. No obstante, vía normativa infraconstitucional sí existen esfuerzos por trabajar al ISN para su funcionamiento en el Ecuador.

**1.2.3.2 Desarrollo Infraconstitucional.** En el marco jurídico de orden infraconstitucional relevante a NNA el documento primordial a tenerse en cuenta es el Código de la Niñez y Adolescencia (2003)<sup>17</sup> el cual recoge con mayor amplitud al ISN. En su artículo 1 desarrolla la finalidad del Código colocando al ISN como principio transversal al goce y ejercicio de derechos, deberes y responsabilidades de NNA. Igualmente es colocado como principio interpretativo que debe ser observado al momento de tomar decisiones que involucren normas, cláusulas e interpretaciones donde intervengan NNA (art. 14). Al momento de decidir excepciones a su derecho a tener familia y la convivencia con este grupo familiar será el ISN el criterio rector para decidir la necesidad de que NNA tengan derecho a otra familia (art. 22).

Para los establecimientos de salud también existen obligaciones que tienen en cuenta al ISN; así, en casos de interrupción voluntaria del embarazo por violación su acceso debe ser garantizado en consideración del interés superior de la niña o adolescente (art. 30 num. 14). El ISN también es una regla que observarse en la asignación de la patria potestad (art. 106 num. 2, 4) y su limitación (art. 111); finalmente es un derecho que debe ser respetado al tomar testimonio de NNA (art. 258).

El CNA (2003) también le da contenido específico al ISN en el artículo 11:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

---

<sup>17</sup> En adelante CNA.

Por otro lado, el ISN también actúa como principio de aplicación en la Ley Orgánica de Educación Intercultural (2011, art. 2.2 lit a) donde ya recoge los criterios de la Observación General estudiada. Ello dado que lo denomina un derecho sustantivo, un principio de interpretación y una norma de procedimiento; también está plasmado como enfoque para el ejercicio del derecho a la educación (art. 2.5 lit b). Dentro de los derechos de madres, padres y/o representantes legales el ISN actúa como criterio que debe formar parte de la toma de decisiones respecto del tipo de institución educativa para el NNA (art. 12 lit a). En otros temas específicos el ISN es transversal para las actuaciones del Departamento de Consejería Estudiantil (art. 50.2), base para el reconocimiento de estudios en el exterior (art. 52) y de la oferta curricular (art. 55.8). También forma parte de los deberes y obligaciones de los establecimientos educativos particulares (art. 58 lit o) y de la debida diligencia que deben tener las autoridades educativas en procesos de investigación por vulneraciones de derechos de NNA (art. 63.4).

Dentro de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017) también existen menciones importantes al ISN, el principal siendo que es un principio para la aplicación de esta (art. 2). De igual manera es una razón para que no exista vulneración del derecho a la confidencialidad en procesos donde el Estado debe dar información para proteger al ISN o un derecho (art. 7). También es un principio que considerar dentro del procedimiento para reconocer el carácter de refugiado o refugiada a una persona (art. 99 núm 8); por otro lado, aparece como garantía procesal en procedimientos para reconocer el carácter de apátrida (art. 113 núm 6). Para concluir, aparece como principio rector en procesos de ingreso de NNA (art. 129).

Por último, el Pleno del Consejo de la Judicatura emitió la Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales (2021)<sup>18</sup> que será vital para el análisis dentro de este trabajo. Esta Guía será retomada en el siguiente capítulo donde será analizada minuciosamente con las conclusiones que se obtengan en los otros tres capítulos.

**1.2.3.3 Jurisprudencia Relevante.** La Corte Constitucional del Ecuador<sup>19</sup> en su jurisprudencia ha tocado brevemente el ISN para resaltar la vigencia de los contenidos supranacionales, constitucionales e infraconstitucionales. En una primera instancia, la Corte Constitucional para el Período de Transición (2011b) le otorgó contexto histórico al ISN dentro de nuestro país y mencionó que el ISN.

---

<sup>18</sup> En adelante "la guía".

<sup>19</sup> En adelante CCE.

[E]s un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación en la vida jurídica (salvo algunos actos en los que podía intervenir mediante representante), y en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. (sentencia No. 057-11-SEP-CC, p. 12)

Posteriormente, la CCE (2015a) afirmará que:

[E]l interés superior del niño constituye la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad. Así pues, este grupo vulnerable de la sociedad goza de todos los derechos y garantías que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos a su edad (...) (sentencia No.064-15-SEP-CC, p. 21)

En años recientes ciertos criterios se han mantenido como se demuestra en la sentencia No. 2120-19-JP/21 que menciona:

[E]l interés superior del niño, enmarcado en la doctrina de la protección integral, está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que impone a todas las autoridades administrativas y judiciales, a las instituciones públicas y privadas y a los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento y goce efectivo. El interés superior tiene como fundamento la dignidad humana y su reconocimiento en las características propias de los niños, niñas y adolescentes y busca propiciar su desarrollo. (párr. 79)

El mencionado criterio *obíter dicta* contiene referencias importantes al ISN como principio orientador de las acciones u omisiones de cualquier autoridad e institución además de verlo como derecho propio de NNA. El criterio es ratificado en el párrafo 80 de la misma sentencia donde cita los contenidos de la Observación General 14. Posteriormente abarca su dimensión de garantía procesal al mencionar que "el interés, en tanto norma de procedimiento también obliga a que dicha decisión sea adoptada de manera oportuna a fin de que proteja eficazmente los



derechos. Establecer requisitos innecesarios, vuelve tardía una decisión que afecta los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, por tanto, no atiende al interés superior” (párr. 102).

Todo tipo de decisión, proceso o procedimiento donde deba tenerse en cuenta el ISN involucra el rompimiento de la visión tradicionalmente adulto-centrista acerca de lo que es bueno o malo para los NNA. Especialmente si está en edad para expresar su opinión propia (sentencia No. 2120-19-JP/21, párr. 124). No obstante, el derecho a ser escuchado y expresar su opinión también tiene límites dentro del proceso como que el NNA decida no ejercer el derecho (sentencia No. 2691-18-EP/21, párr. 54). En su dimensión valorativa, al hablar sobre el vínculo del ISN con el derecho de NNA a conocer su identidad y procedencia, la CCE ha entendido que

[N]o implica únicamente garantizarle un sustento económico o mantener una filiación formal, aunque sea falsa; al contrario, este principio implica que deberá determinarse el mejor interés del menor y en consecuencia, hacer prevalecer sus derechos sobre el de otros, de modo que para garantizarlo debe tomarse en cuenta las implicaciones que una decisión tendrá en su conjunto y determinar qué es lo que más le conviene para garantizar un resguardo efectivo de sus derechos. (sentencia No. 131-15-SEP-CC, p- 40-21)

Respecto del tema central de esta investigación, la tenencia y sus procesos de decisión, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha dado un desarrollo específico. De tal manera, la Corte Constitucional para el Período de Transición (2011a) otorgó criterios a ser considerados en dichos procesos:

1. La doctrina de los años tiernos: Acorde la cual una niña o niño en sus primeros años necesitaría más a su madre por ser ella la mejor preparada para nutrir y cuidar.
2. El ISN: Referido a vínculos emocionales construidos con padre y/o madre, así como la capacidad de estos para proveer cuidado.
3. Co-custodia: Una relación cooperativa dada después de los procesos de divorcio donde ambos coordinan, se consultan y toman decisiones importantes respecto del niño o niña.
4. Presunción del dador de cuidados básicos: Según esta doctrina, los niños y niñas requieren cuidados diarios y el padre o madre que ha asumido este rol de manera cotidiana debería retener la custodia.

A lo anterior habrían de sumarse diversos factores no taxativos como: deseos propios del NNA, deseos mutuos de padres y madres, interacción familiar, lazos emocionales y psicológicos, ajuste familiar del NNA, salud física y mental de los integrantes de la familia, capacidad comunicativa

de padres y madres, voluntad de acudir a custodia compartida, proximidad geográfica, exigencia del empleo parental, pruebas de maltrato familiar, entre otros (sentencia No. 021-11-SEP-CC, p. 11-12).

Dichos criterios fueron retomados en 2015 por la CCE (2015a) en la sentencia No. 064-15-SEP-CC al afirmar que:

[L]a tenencia encierra problemas humanos que no son sencillos de resolver, todos los operadores de justicia, en calidad de primeros garantes del ordenamiento jurídico, tendrán que considerar la "garantía del derecho para favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes", y las "acciones del Estado como garante para efectivizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes", como criterios relevantes al momento de analizar el principio del interés superior del niño, en asuntos en que sus derechos se hallen en contraposición con lo de sus padres u otros familiares que de alguna forma estén implicados en su desarrollo integral.

Sin quitar relevancia a los criterios jurisprudenciales expuestos con anterioridad, consideramos que existe una sentencia concreta que merece atención especial y será fundamental para el trabajo. La misma es la número 28-15-IN/21 emitida por la misma CCE (2021c) donde se declara la inconstitucionalidad por el fondo de determinadas reglas de presunción contenidas en el CNA que daban preferencia a la madre en la asignación de la patria potestad; por estimar que contrarían el principio de ISN. Siendo que la problemática central propuesta es la aplicabilidad y relación del ISN en procesos de asignación y decisión de la patria potestad, a partir de este punto estudiaremos este vínculo entre las dos instituciones.

### **1.3 Vinculación con la Asignación de Patria Potestad**

#### **1.3.1 Breve Desarrollo Doctrinario & Conceptualización entre Patria Potestad y Tenencia**

*Patria Potestad:* La patria potestad se puede definir como el conjunto de regulaciones jurídicas que garanticen el ejercicio de los deberes y derechos que tiene el adulto con el menor de edad.

Es entonces aquel conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso, a la madre corresponde en cuanto a las personas y bienes de sus hijos que no han alcanzado la adultez recogidos por vínculos familiares o legales. Dicho de otra manera, el cumplimiento de la obligación del adulto con el menor es el cumplimiento garantizado de los derechos de este (Martínez et al., 2017). Generalmente los padres son quienes ejercen la patria potestad de sus

hijos, sin embargo, en caso de orfandad, migración o encarcelamiento de uno o ambos progenitores se otorga la patria potestad a un miembro familiar llamado tutor.

Los padres son, por tanto, responsables del cuidado de sus hijos, incluidas la alimentación, el traslado, garantizarles vivienda, educación y formación, así como del ejercicio de los derechos de representación legal, judicial, y en todo aspecto que requiera el menor; además administración de sus bienes.

*Tenencia:* La ley establece que la patria potestad confiere a los padres varias obligaciones y derechos, entre ellos, como atributo, el derecho a tener a los hijos con ellos, de ahí el título, tenencia, término propio en derecho de familia, pues implica que tienen algo consigo. como una especie de pertenencia, y quizás el término "posesión" estaría mejor situado en el nivel de las cosas como lo encontramos en algunos diccionarios (Aguilar, 2009). La tenencia puede ser acordada por los progenitores para ser unilateral y al otro progenitor se le realiza un régimen de visitas, pero también puede ser tenencia compartida, según algunas legislaciones del derecho comparado como en España, México y otros países.

Este derecho no debe verse como una mera reivindicación de los padres, sino que debe tenerse en cuenta a la hora de conceder a los hijos el derecho a vivir con sus padres y por tanto se deben tener en cuenta sus opiniones. Así, la tenencia se transforma en convivencia entre padres e hijos; la relación de verdad como base para el ejercicio de otros derechos y obligaciones, es decir, la convivencia bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos son la base para el funcionamiento de otros atributos del poder parental, como la obligación de velar por su educación, por su alimentación, el velar por su integridad física, psicológica y sexual, entre muchos otros ámbitos. Se convierte entonces, en un derecho necesario tanto para el padre o madre como para el hijo para así asegurar la realización de los derechos del niño mediante el cumplimiento de las obligaciones del padre.

### ***1.3.2 El ISN en el Escenario Ecuatoriano: la Tenencia como Proceso Necesario de Reconstruir***

De lo desarrollado a lo largo de este primer capítulo es posible concluir que el ISN ha representado una preocupación para las distintas instancias normativas del mundo. Velar por el bienestar de menores de edad es crítico para una sociedad que se enfrenta cada día a nuevos retos. Donde hay que asegurar que se cubran necesidades básicas y puedan corregirse falencias típicas de nuestras sociedades es un reto para cada Estado. Incluyéndose Ecuador.

No debe desconocerse que la sociedad históricamente ha padecido del mal adulto-centrista, centrando muchas veces las discusiones sobre intereses de niños y niñas a la óptica decisional de adultos. Ello provoca una miopía grave al sobreponer los deseos y beneficios que buscan los adultos dentro de una controversia por sobre lo que requieren menores de edad. Considerando que esta es una población de especial interés, y en nuestro país categorizada como grupo de atención prioritaria, debe abandonarse dicho pensamiento y adecuar nuestros procesos a lo que se ha desarrollado recientemente sobre todo en el Sistema Universal.

Uno de los tantos escenarios donde encontramos inconvenientes son en los procesos de asignación de la tenencia, que en nuestro país históricamente se ha sometido a las reglas de la patria potestad. Partiendo del ideario en que las mujeres por naturaleza, designio biológico y roles socialmente aceptados son mejores y están más capacitadas que hombres para cuidar a sus hijos e hijas se ha privilegiado el desconocimiento parental. Encaminando entonces a una desconexión absoluta en las relaciones paternas con su descendencia, crisis que tiene repercusiones sociales fuera del análisis de este trabajo.

En tiempos actuales, gracias a las luchas feministas de hace varios siglos se ha logrado colocar en el foco de discusión la necesidad del vínculo paterno en la crianza de niños, niñas y adolescentes. No solo por una cuestión de intereses de los menores sino por su estrecho nexo con la incapacidad que se genera para que las mujeres tengan independencia económica, exploten sus capacidades laborales e incluso que gocen de un derecho básico: el descanso y el ocio. Por tanto, en varios lugares del mundo se ha discutido cambios al paradigma tradicional donde es la mujer quien debe cuidar estrictamente a sus hijos e hijas. Eliminando en el proceso presunciones legales que otorgan la tenencia a las mismas incluso si no lo desean o si quieren someterse a otros regímenes.

Hoy en día la situación no puede ni debe reducirse en análisis a un tema de reivindicación feminista. Hay grupos cada vez más grandes de hombres dispuestos a ejercer su paternidad de manera presente, responsable e íntimamente vinculada con sus hijos e hijas. Por ello, demandan que el ISN sea una consideración fundamental al momento de decidir la tenencia de NNA en procesos de divorcio y/o separación. He ahí el quid del presente trabajo, a continuación, analizaremos la sentencia 28-15-IN/21 donde la Corte Constitucional del Ecuador conoce una acción de inconstitucionalidad propuesta contra una presunción legal. Esta presunción de favorabilidad otorgaba la tenencia siempre a las madres ante la inexistencia de acuerdos entre padres, poniendo en tela de duda si el ISN en estos procesos realmente es el interés que prima.

O si termina cediendo ante conflictos que, si bien son socialmente relevantes y urgentes de tratar como las consecuencias para la pareja por un divorcio y/o separación, son secundarios ante las necesidades de niños, niñas y adolescentes.

## Capítulo II: La sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, análisis críticos a sus consecuencias para los procesos de patria potestad

### 2.1 Sentencia 28-15-IN/21

Para el segundo capítulo hemos considerado de suma importancia la realización de un análisis pormenorizado, específico y detallado de la sentencia No.28-15-IN/21 (dentro del caso signado con el mismo número) emitida por la CCE. La misma contiene las principales directrices, y sus fundamentos, sobre las cuales jueces y juezas decidirán en procesos de asignación de tenencia; considerando la transversalidad del ISN. A continuación, son presentadas esquematizaciones de los puntos más relevantes del voto de mayoría (con ponencia del Juez Enrique Herrería). Para finalmente tratar el voto concurrente de Ramiro Ávila Santamaría, por su justa precisión sobre tópicos como la violencia vicaria, y el voto salvado de las juezas Carmen Corral y Teresa Nuques.

#### 2.1.1 Antecedentes

Lo resuelto en la sentencia es una acción pública de inconstitucionalidad<sup>20</sup> propuesta en el año 2015 por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz y Adriana Orellana; concretamente en contra de los numerales segundo y cuarto del artículo 106 del CNA. El texto previo a la declaratoria de inconstitucionalidad rezaba:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325<sup>21</sup> del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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

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

---

<sup>20</sup> Prevista en el artículo 436 numerales segundo, tercero y cuarto de la CRE; además de los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (o LOGJCC).

<sup>21</sup> Esta referencia al Código Civil se encuentra desactualizada en el texto normativo del CNA ya que el 325 actual se refiere a la adopción. Lo aplicable para la patria potestad se encuentra actualmente en el artículo 307 de la misma ley.

Lo propuesto fue admitido en el mismo año y se presentaron los informes de descargo tanto del Procurador General del Estado como del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República de ese entonces. La audiencia se llevó a cabo el día 9 de febrero de 2017 bajo la ponencia de un exjuez constitucional; el mismo que dejaría la titularidad del caso dado que en 2019 fue posesionada otra conformación de la CCE. Entre 2016 y 2021 fueron presentados varios *amicus curiae* desde dos posturas argumentativas diametralmente distintas: por una parte, el grupo que busca la declaratoria de inconstitucionalidad y el reconocimiento jurisprudencial de la corresponsabilidad y tenencia compartida. Por otro lado, un grupo preocupado por los potenciales riesgos que abriría una decisión de este tipo hacia la multiplicación de la violencia vicaria. Ya que por diversas razones podrían entenderse a las preferencias contenidas en las disposiciones demandadas como acciones afirmativas en favor de las mujeres.

### **2.1.2 Principales Argumentos de las Partes Procesales**

**2.1.2.1 Accionantes.** La inconstitucionalidad demandada gira en torno a dos argumentos: (i) existiría vulneración al principio de igualdad a la vez que perpetúa estereotipos respecto del rol de las mujeres en la sociedad; y, (ii) hay contradicción con el principio de ISN.

La vulneración al principio de igualdad tendría fundamentos en la CRE<sup>22</sup> y la CADH<sup>23</sup> ya que la preferencia materna contenida en las disposiciones demandadas haría distinción injustificada entre hombre y mujer. Para demostrar esta inferencia es realizado un test de razonabilidad en los siguientes términos (párr. 24-27):

1. ¿Es adecuada la norma? No, ya que no persigue un fin constitucionalmente válido; la preferencia materna no sería adecuada para velar por el bienestar de niños y niñas.
2. ¿Cumple con el parámetro de necesidad? No, ya que la distinción entre padres y madres no es la única medida existente; y, entre las que pueden disponerse es la más gravosa. Lo que debería darse es un análisis caso por caso para cumplir con el ISN.
3. ¿Es proporcional en sentido estricto? No, la distinción involucra sacrificar principios que son de mayor importancia que los que buscan satisfacerse. Considerando que el ISN debe primar sobre cualquier otro interés contrapuesto.

---

<sup>22</sup> Artículo 66 numeral 4: derecho a la igualdad formal, material y no discriminación.

<sup>23</sup> Artículos 1 y 24.

Con base en las respuestas negativas expuestas se infiere que la norma sería discriminatoria e inconstitucional; además, sería contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>24</sup>. El argumento busca fortalecerse con otras ideas: (i) el ISN (según la Observación general No. 14) debe ser el único criterio observado en decisiones de responsabilidad parental y la preferencia automática reconocida por la ley a uno de los progenitores estaría en contra del interés superior. Lo recomendado sería adecuar las normas a la realidad actual y que jueces y juezas consideren caso a caso los elementos específicos para resolver. Adicionalmente, (ii) la norma sería discriminatoria ya que, sin fundamento alguno, reafirma el estereotipo de que las mujeres son más idóneas para las tareas de cuidado por el mero hecho de ser mujeres.

Por ende, el principio de igualdad se vería vulnerado desde dos ópticas la primera en tanto la preasignación materna impide que hombres y mujeres ejerzan equitativamente derechos y obligaciones. Segundo, por reforzar estereotipos basados en roles de género.

En lo que respecta a la contrariedad con el ISN, se exponen tres elementos propios de este principio: opinión, identidad y preservación del entorno familiar. De primera mano, la opinión de NNA debe ser considerada en los asuntos que los involucren y/o afecten en función de su grado etario y de madurez. Respecto de la identidad, los NNA no dejan de ver a sus progenitores como una familia pese a existir una separación o divorcio; la preferencia impugnada sería obstáculo para que NNA tengan vínculo directo con el padre sin tenencia. Finalmente, la preservación del entorno familiar se ve afectada al momento en que la preferencia en la tenencia impide un contacto continuo con su núcleo familiar. Rompe el esquema de unidad familiar ya que constituirá varios satélites familiares donde el constituido por el padre y NNA sería el más afectado por carecer de fuerza en sus vínculos.

En conclusión, el ISN debe ser respetado y las normas impugnadas no logran el cometido de velar por dicha obligación, sino que son contrarias al mismo. Ello sería consecuencia de una visión adulto-céntrica que antepone otros intereses e ideas al ISN.

**2.1.2.2 Descargos.** En primera instancia, la Asamblea Nacional del Ecuador defiende la constitucionalidad de las normas impugnadas con base en la función social de la maternidad. La naturaleza sería quien define los hechos de que son las madres quienes: conciben, fecundan, gestan, alimentan, paren, amamantan; es decir, guardan vínculo de preservación esencial de la

---

<sup>24</sup> Artículo 5 numeral segundo y artículos 14 y 18: obligaciones comunes de padres y madres en la crianza y desarrollo de hijos e hijas en común.



especie. La preferencia sería necesaria por razones antropológicas, culturales y biológicas que colocan al lazo materno por sobre el paterno.

La Procuraduría General del Estado defendía que el principio de igualdad encuentra limitaciones como en el caso controvertido, donde el ISN sería uno de ellos. Los derechos de NNA deben ser considerados y colocados como fines legítimos que pueden relativizar el ejercicio del principio de igualdad. Es agregado que existen confusiones entre la corresponsabilidad parental y el cuidado personal, además de que las normas impugnadas versan sobre la patria potestad y no sobre la tenencia que es el tema central impugnado.

La Presidencia de la República se allanaría a la demanda buscando precautelar el ISN de NNA con una observación: por la importancia de la lactancia y del desarrollo en años tempranos, debería mantenerse la preferencia materna hasta los dos años de edad.

**2.1.2.3 Amici Curiae.** A favor de la acción son propuestos<sup>25</sup> algunos argumentos como:

- Hay contraposición al CONA dado que la finalidad de la preferencia materna refuerza el sistema monoparental y beneficia solamente a la madre.
- No se estarían respetando obligaciones internacionales devenidas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer al no reconocer la misma capacidad para el cuidado del menor.
- No se permite al padre ser agente activo en el desarrollo de sus hijos o hijas.
- La tenencia monoparental es originada por concepciones machistas que perpetúan roles de género. Ello ha causado que se utilice esta institución como medios de chantaje en contra de los padres.
- La CRE protege la corresponsabilidad parental y no es posible que una norma infraconstitucional contrarie dicho mandato con la preferencia materna.
- Si existe algún tipo de favoritismo o presunción debería orientarse a la tenencia compartida.

---

<sup>25</sup> Esquematación de lo presentado por: Coparentalidad Ecuador, Santiago Palacios Cisneros, Serginho Paolo Vega López, Vanessa Samantha Morejón Obando, Andrea Maru Irigoyen Ponce, Frans Serpa Larrea, Gabriel Borja Etlis, la Asociación Ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus nietos y la organización Corresponsabilidad e Igualdad, Diego Esteban Rivadeneira Icaza junto a Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck, Jaime Borja Padilla y Coparentalidad Puyo.

En contra de la declaratoria de inconstitucionalidad<sup>26</sup> se exponen los siguientes puntos:

- La preferencia materna reconoce la desigualdad estructural entre hombres y mujeres, de origen primordialmente socioeconómico. En medio de esta construcción social, los hombres han tenido baja implicación en la crianza de hijos e hijas. Por ende, debe responderse a estas necesidades con una acción afirmativa; la declaratoria de inconstitucionalidad devendría en ataques a la maternidad y profundizaciones de violencias.
- En medio de un sistema de justicia donde también priman los estereotipos basados en roles de género, los hombres tendrían más fácil acceder a la tenencia cuando se analice la situación económica, donde las mujeres tendrían desventaja. Perder la tenencia sería algo potencialmente generalizado para las mujeres más pobres que no pueden acceder a patrocinios adecuados.
- Las normas impugnadas ya tienen obligaciones para operadores jurídicos en tanto deben observar el ISN. Eliminar la preferencia materna no es aporte alguno, sino que agravaría desigualdades nacidas en términos económicos y que terminarían causando separaciones familiares.
- Los accionantes no habrían explicado las razones por las cuales el ejercicio monoparental de la tenencia genera separación familiar. Ya que la tenencia maternal no implica un distanciamiento completo del resto de la familia.
- La preferencia materna permite a la mujer dejar una relación sin miedo a perder la tenencia de hijos o hijas, sobre todo en contextos de violencia intrafamiliar.
- La violencia vicaria es un fenómeno que debe combatirse con la preferencia materna que sería una acción afirmativa encaminada a que la mujer pueda salir de relaciones violentas sin desgastarse en mantener la tenencia.
- La norma no puede ser discriminatoria en tanto no se modifiquen los patrones socioculturales que la crearon en primer lugar.
- El fin es constitucionalmente válido ya que este sería la autonomía de la mujer.
- La realidad social ecuatoriana permitiría ver que pese a que los padres tengan la tenencia igual los hijos e hijas se encargará a otra mujer. Cambiar la norma no haría a los hombres de la noche a la mañana dadores de cuidado.

---

<sup>26</sup> Amicus curiae presentados por: María José Machado Arévalo, María Poema Carrión Sarzosa, Corporación de Estudios Decide junto a la Liga de la Leche Ecuador, Valeria Patricia Torres Espín, Carlos Andrés Isch Pérez y Edison Xavier Bayas Moposita.

- La lactancia materna es un derecho humano primordial.
- Lo que debería buscarse es la construcción de estructuras equitativas desde las parejas y eso no se hace con la inconstitucionalidad de la preferencia materna.

### **2.1.3 Problemas Jurídicos Identificados y Respuestas Dadas por la CCE**

La CCE (2021, párr. 118) identifica dos problemas jurídicos respondidos en función de declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna. Previo al abordaje de los dos puntos argumentativos centrales se hace una puntualización importante: la demanda presentada se dirige a las reglas para obtener la tenencia y se había hablado de patria potestad. Esta última según el CNA es todo un conjunto de derechos y obligaciones que corresponden de manera equitativa y conjunta a padres y madres. Es consecuencia del vínculo parento-filial y no debe confundirse con la tenencia que es el encargo corporal del hijo o hija que se atribuye judicialmente a uno de los progenitores al darse divorcios o separaciones.

La tenencia sería una forma de ejercer la patria potestad que puede limitarse, suspenderse, privarse o perderse según las reglas de CNA. Por ello, todo el análisis que es realizado por la CCE está centrado exclusivamente en el encargo de la tenencia entendida como cuidado y crianza corporal de NNA.

**2.1.3.1 Primer problema jurídico.** ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?

Para entender el numeral segundo, la CCE (párr. 133) propone dos premisas: (i) la *regla*, que en caso de desacuerdo existirá preferencia materna; y, (ii) la *condición*, que salvo prueba de que la regla perjudique a NNA, la tenencia es materna.

Lo mismo se hace para el numeral cuarto de la siguiente manera: (i) la *regla*, que la preferencia será materna si padre y madre demuestran igualdad de condiciones; y, (ii) la *condición*, que la preferencia materna prevalece mientras no se afecte el ISN (párr. 134).

Por tanto, la figura legal lo que hace es colocar una preferencia cuasi absoluta a la tenencia materna salvo la existencia de acuerdo entre progenitores. Como contraparte a esta solución que propone el ordenamiento jurídico ecuatoriano estarían modelos como la coparentalidad y la tenencia compartida donde se busca alternar la residencia de hijos e hijas de manera que padre y madre estén íntimamente vinculados.

Con ello inicia el análisis del derecho a la igualdad y no discriminación en sus dos dimensiones: formal (significando igualdad de trato en la misma situación) y material (ante condiciones diferentes debe darse un trato diferenciado que equipare el goce de derechos). La CRE en su artículo 11 numeral segundo reconoce determinadas categorías protegidas ante actos u omisiones discriminatorias; algunas de las cuales pueden tomarse como "categorías sospechosas"<sup>27</sup>. Si existen tratos diferenciados entre dos grupos y/o personas con base en estas características entonces el trato es sospechoso de ser discriminatorio por potencialmente afectar a grupos históricamente inferiorizados.

Todo lo recogido en dicha cláusula constitucional son categorías protegidas, pero no todas son sospechosas y su diferenciación es que el grado de protección cambia. Esto dado que una categoría protegida tendrá que analizarse en escrutinio medio y una categoría sospechosa en escrutinio alto. Para diferenciar entre categorías debe tenerse en cuenta: (i) si el grupo es discriminado, (ii) si el grupo es desaventajado e históricamente discriminado, (iii) si el grupo sufre una discriminación mayor histórica y (iv) si los individuos del grupo son discriminados por factores no alterables que no pueden cambiar por su mera voluntad (CCE, párr. 146). Entonces, la Corte identifica que una diferenciación con la categoría sexo-mujer sería categoría sospechosa que requiere escrutinio alto en su test de proporcionalidad; cosa que debería realizarse de la siguiente manera:

1. El fin de la distinción debe ser constitucionalmente imperioso, no basta con su legitimidad o validez.
2. La medida debe ser perfecta para el fin.
3. La medida debe ser la única idónea y menos gravosa para cumplir la finalidad buscada.
4. La medida debe equilibrar de manera perfecta la protección y la restricción constitucional (párr. 151).

Por otro lado, si la diferenciación se realiza con la categoría sexo-hombre hablamos de una categoría sospechosa donde el test de proporcionalidad tendrá menor rigor (escrutinio medio) conforme el siguiente esquema:

1. Fin constitucionalmente válido o legítimo.
2. Medida adecuada para cumplir con el fin constitucional.
3. La medida debe ser la menos gravosa para el ejercicio de los derechos.

---

<sup>27</sup> Criterio jurisprudencial iniciado con la sentencia No. 080-13-SEP-CC.

4. La medida debe buscar un equilibrio debido y adecuado entre la protección y la restricción constitucional (párr. 152).

¿Cómo se justifica la diferenciación de categorías entre hombre y mujer? La CCE (párr. 153) reconoce que el grupo sexo-mujer es sujeto de discriminación, ha sido históricamente discriminado y las personas que lo conforman sufren de discriminación por factores inalterables por su mera voluntad.

El primer escrutinio (estricto por distinción mujer) parte de la presunción de inconstitucionalidad dado que tiene fundamento en una categoría sospechosa. Su resolución tiene base en: (i) la norma decide sobre asuntos de NNA donde lo que debe primar es el ISN por lo que este es su fin constitucionalmente imperioso; sin embargo, la norma coloca a la mujer como preferente por sobre el ISN. En consecuencia, se presume inconstitucional al no perseguir un fin constitucionalmente imperioso; acá se agota el test ya que no ha superado el primer elemento.

Si bien quedó clara la inconstitucionalidad con base en el test de proporcionalidad bajo escrutinio estricto, la CCE propone un escrutinio medio con fines didácticos. De manera que visualmente quede claro que incluso pasando por la diferenciación sexo-hombre la norma permanece en su posición contraria a la CRE. En primer lugar, habría que identificar el fin que persigue la norma con tal de analizar si es legítimo o válido para el sistema constitucional. Tras un análisis acerca de los roles de género como creaciones y percepciones culturales que han asignado a las mujeres un papel tradicional basado en la sumisión y el cuidado; la CCE observa que la diferenciación se basa en estereotipos. Hay temas biológicos como la lactancia que deben considerarse, pero jamás son justificaciones absolutas para configurar reglas generales en la tenencia. Ninguna mujer en todos los escenarios es la más idónea y esta concepción sería una carga más para ellas, colocando la responsabilidad de ser lo mejor para sus hijos e hijas.

Esta finalidad encontraría problemas con la realidad al momento en que los padres en fase procesal deben desvirtuar la idoneidad o capacidad de las madres. Provocando incluso temas de violencia y que la litis se trabe en temas muy ajenos a los intereses de NNA que deberían ser los observados y primordiales en procesos de separación o divorcio. Por esas razones es que la legitimidad del objetivo está claramente basada en estereotipos de roles de género que (i) contravienen el ISN y además (ii) colocan en situaciones de riesgo para las mujeres. El último argumento fue bastante argüido en los amicus curiae ya que la declaratoria de inconstitucionalidad causaría una pérdida de autonomía en las mujeres bajo las circunstancias sociales actuales.

Por ello la Corte analiza si este fin es legítimo en tanto su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Considerándose que la preferencia en sentido estricto no superó el test de legitimidad, pero su transversalidad con el otro objetivo requiere un nuevo análisis. Refiriéndose a la idoneidad, la preferencia materna no tiene una relación directa con el ISN que demanda una evaluación flexible y caso a caso. Sino que perpetúa los roles de género señalados y coloca cargas en las mujeres por el hecho de serlo. Pero, si se considera que el fin es evitar situaciones de violencia o dependencia económica la medida puede considerarse técnicamente idónea.

Por lo que se pasa a la necesidad, donde la CCE determina un listado no taxativo de medidas alternativas y menos gravosas que pasan por el fortalecimiento de políticas públicas, entre otras. El fin de cautelar a las mujeres de violencias es constitucionalmente válido y legítimo pero la medida de preferencia materna no busca primordialmente asegurar que las mujeres tengan independencia económica. Por ello, la regla no es necesaria ya que la medida no es la menos gravosa e incluso no garantiza por sí misma la autonomía de las madres.

Finalmente, en cuanto la proporcionalidad en sentido estricto la regla no guarda el equilibrio demandado ya que restringe la igualdad, corresponsabilidad e ISN bajo argumentos originados en estereotipos de género. En consecuencia, la norma no ha superado el test de igualdad bajo escrutinio medio lo que fortalece la necesidad de declararla inconstitucional.

En lo posterior la CCE realiza un recuento del desarrollo existente sobre el ISN y componentes que deben ser observados dentro de procesos que versen sobre NNA: el derecho a ser escuchados, la preservación del entorno familiar y mantener sus relaciones. En general la argumentación concluye que la norma no es compatible con el ISN que demanda obligatoriamente la observación exclusiva de este principio como criterio decisonal en temas de tenencia. Colocar una preferencia sobre el ISN es consecuencia de una visión adulto-céntrica donde se observan primero las necesidades de padres o madres sin tomar en cuenta la opinión del NNA, la preservación de su entorno como derecho y el debido análisis de todas sus circunstancias individuales.

Lo mencionado puede deberse a distintos factores, como el surgimiento del divorcio en sí mismo como una figura que únicamente servía para terminar con el vínculo legal que existía entre el esposo y la esposa dejando en segundo plano a los hijos, claramente, con los avances históricos en materia de derechos humanos, y sobre todo, en derechos del niño se ha podido crear un paradigma con reglas, principios y garantías capaces de hacer cumplir los derechos de niños, niñas y adolescentes, la traba se da en la aplicación de este paradigma que al ser relativamente

nuevo podría hacer caso omiso los intereses del principio de interés superior del niño, en razón de que la litis se basa en que ambos padres desean separarse y como accionantes podrían desatender lo mejor para sus hijos.

**2.1.3.2 Segundo Problema Jurídico.** ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental? La CRE<sup>28</sup>, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>29</sup> y otros instrumentos internacionales colocan a la corresponsabilidad parental como principio que regula los vínculos de progenitores con hijos e hijas.

Ello demanda un reparto equitativo en los derechos y deberes tanto personales como patrimoniales que no pueden alterarse por separación o divorcio, sino que deben guiarse en toda circunstancia por el ISN (párr. 224). La norma demandada es contraria al ISN ya que no permite evaluación específica e individualizada para determinar la tenencia, sino que la encarga preferentemente a la madre. Y, en consecuencia, atenta contra el principio de corresponsabilidad parental que encuentra su fundamento en el ISN.

El tema de la violencia vicaria<sup>30</sup> y la preferencia materna como mecanismo de protección a la mujer debe ser un tema observado con plena importancia durante los procesos de encargo de tenencia. Jueces y juezas son quienes, diligentemente, deben descartar la existencia de estas violencias y solo habiéndolo hecho se puede otorgar la tenencia en debido análisis con el resto de las circunstancias que rodean al NNA. Ninguna de estas violencias es tolerable en sociedad y deben darse todas las medidas necesarias y encaminadas a erradicarlas, pero como se ha demostrado, la norma impugnada no tiene vínculo directo con el fin de acabar la violencia vicaria.

#### **2.1.4 Criterios Vinculantes**

Como punto de partida, la CCE reconoce su falta de atribuciones legislativas por lo que la responsabilidad de modificar las normas declaradas como inconstitucionales corresponden a la Asamblea Nacional. Se dispone la incorporación de los nuevos parámetros para el encargo de la tenencia en el proyecto de Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>31</sup> con apoyo de informes dados por la Defensoría del Pueblo (párr. 243-244).

---

<sup>28</sup> Artículo 69 numerales primero y quinto.

<sup>29</sup> Artículo 18.

<sup>30</sup> Entendida como escenarios donde el varón ejerce daños a la mujer a través de sus hijos en común (párr. 235).

<sup>31</sup> Proyecto que no ha sido terminado aún ni fue sometido a segundo debate en el tiempo determinado por la ley. Al día en que esta investigación es realizada el Estado ecuatoriano carece de un órgano legislativo tras la declaratoria de disolución legislativa con llamado anticipado a elecciones del día 17 de mayo de

Mientras no exista la normativa legal ordenada, la CCE dictó criterios de obligatoria observación donde la satisfacción plena del ISN es principio rector. Los parámetros son:

- Nunca la decisión judicial podrá basarse en consideraciones sexo genéricas o económicas sobre los progenitores. La evaluación tendrá que ser caso a caso en función del contexto específico del NNA; los lineamientos no pueden considerarse taxativos ni crearse jerarquía alguna entre ellos.
- Deben considerarse:
  - La opinión del NNA, así como sus deseos personales y emociones. Ello en función de su edad y grado de madurez.
  - La presencia de una o un cuidador que sea lo suficientemente sensible y emocionalmente disponible para satisfacer necesidades integrales del NNA.
  - Tomar medidas para descartar y paliar las amenazas, existencia o antecedentes de cualquier tipo de violencias.
  - La tenencia se encargará procurando mantener la continuidad de la vida de los NNA. Es decir, debe tenerse en cuenta el domicilio de los progenitores, su estabilidad y rutinas mantenidas hasta la separación o divorcio.
  - La dedicación otorgada y la construcción de relaciones con padre y madre antes de la separación o divorcio.
  - La identidad de NNA.
  - La aptitud e idoneidad de padre o madre para satisfacer el bienestar integral del NNA. En tanto brinda un entorno adecuado en consideración de la edad, cuidado, protección y seguridad.
  - Cualquier daño que hayan sufrido o puedan sufrir los NNA.
  - Reparaciones en las relaciones de los progenitores propendiendo a generar cooperación entre ellos. De manera que se garantice el mantenimiento de relaciones y del entorno familiar.
  - Estudio del vínculo afectivo formado entre el NNA con su padre y madre y familia ampliada.

---

2023. Por ende, no existe trabajo legislativo alguno donde se plasmen materialmente los encargos realizados por la CCE.



- Otros factores determinantes como edad, contexto, madurez, experiencia, pertenencia a minorías, discapacidades, contexto sociocultural y demás que permitan identificar el ISN.
- Informes elaborados por equipo técnico de las unidades judiciales de familia que recolectan información con fin de decidir sobre el ISN.
- Motivación de la sentencia con explicación de cómo se llegó a la decisión en función de los parámetros desarrollados.
- Capacitaciones a jueces y juezas sobre la aplicación del marco legal contra la violencia de género y manejo de instrumentos internacionales aplicables.
- Recalcar el papel de la Defensoría Pública en la prestación de servicios legales y patrocinios; tomando en cuenta los estados de indefensión, vulnerabilidad y demás desigualdades. De manera que se respondan a las situaciones de violencia vicaria y otros tipos de violencias denunciadas que nacen en la dependencia económica de las madres.
- Son necesarias medidas normativas integrales que propendan a la igualdad real entre hombres y mujeres; de la mano de políticas públicas a favor de las mujeres en distintas situaciones de vulnerabilidad (párr. 246-251).

En conclusión, la CCE acepta la acción pública de inconstitucionalidad declarando que las normas impugnadas del CNA son inconstitucionales por el fondo. Como medidas complementarias se ordena que la Defensoría del Pueblo prepare el informe de los parámetros desarrollados en la sentencia para el trabajo posterior de la Asamblea Nacional en el proyecto de Código Orgánico mencionado. Se dispone la elaboración de un plan de capacitación para funcionarios judiciales a cargo de casos de NNA y de un plan para informar a la ciudadanía sobre la accesibilidad a servicios de patrocinio legal gratuitos. La publicación de la sentencia y su amplia difusión a jueces, juezas, defensores y defensoras y miembros del Foro de Abogados.

### **2.1.5 Voto Concurrente: Ramiro Ávila Santamaría**

El juez constitucional Ávila realiza una reflexión necesaria a propósito de las argumentaciones presentadas por los amicus curiae dentro del proceso; vinculadas a las violencias que sufren las mujeres. En un primer momento habla de los argumentos a favor de la tenencia materna y cómo cambió su opinión a medida que se acercaba el momento de emitir su voto en el caso. Reconoce que el ideal hacia el cual debemos apuntar es que padres y madres estén vinculados en el cuidado de los hijos e hijas en común y para paliar situaciones de conflicto y/o violencias quien puede y debe responder es el juez o jueza. Y la presencia de estos signos no harían otra cosa más que confirmar que la madre debe mantener la tenencia y que el padre vea restringido o

condicionado su derecho de visitas. Dejar la norma tal cual conlleva que los hombres en litigio aún deban atacar directamente a la mujer en pos de demostrar su falta de capacidad para ejercer la tenencia. Cambiar esto busca convertir el litigio en materia de tenencia de una búsqueda de lo peor de la madre a una comparativa entre aspectos positivos de padres y madres.

Menciona no estar de acuerdo con el argumento de que la preferencia materna sería una acción afirmativa (párr. 13) ya que la naturaleza de estas busca el cambio de situaciones injustas. Una acción afirmativa lógica debería buscar que las mujeres dejen de ser consideradas las naturalmente óptimas para ejercer el cuidado y que ingresen los hombres a este rol. Y no al contrario, que es dar de lo mismo sostenido en patrones discriminatorios por roles de género que tiene impacto directo en las vidas profesionales y públicas de las mujeres. Para cambiar ello habría que dejar de lado los argumentos esencialistas donde la madre siempre es buena y debe serlo. El patriarcalismo termina configurando estos estereotipos que incluso rompen el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres definiendo cómo deben ser (párr. 25). Por tanto, el derecho debe empezar a crear realidades y desde las configuraciones gramaticales reconocer el rol de cuidado amplio y que abarque también a los hombres.

Quedan muchas dudas sobre potenciales efectos no deseados de la sentencia emitida como que exista un incremento de problemas contenciosos entre hombres y mujeres y que de alguna manera se siga delegando a mujeres el rol de cuidado. El juez no cierra la puerta a una revisión futura de la norma (párr. 35) pero primero habría que hacer el intento por transformar la sociedad mediante el derecho. Hay muchas desventajas que pueden materializarse, pero también enormes ventajas que podrían suceder y depende de cómo los hombres respondamos a los retos actuales, una deuda histórica. Para ello cabe cambiar nuestra concepción de que el rol de cuidado es dado por temas naturales, sino que es una construcción objeto de aprendizaje. Debe lucharse contra el estereotipo y no fortalecerlo; entonces, lo que judicialmente procede es la búsqueda de acuerdo entre padres y madres, si no lo hay la primera opción tiene que ser la coparentalidad. Y si no es posible, una preferencia subsidiaria. Pero cualquier decisión de este tipo debe basarse en quién puede ejercer un mejor rol de cuidado, teniendo el ISN como criterio fundamental de decisión. Por eso el derecho del NNA a ser escuchado debe respetarse en todo momento.

La reflexión final invita a que hombres y mujeres construyamos una sociedad que diluya poco a poco el patriarcado estructural y transversal. Los hombres asumiendo cada vez más roles de cuidado y que las mujeres tengan mayor grado de autonomía en sus vidas.

### **2.1.6 Voto Salvado: Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez**

Las juezas constitucionales presentan el voto salvado con base en el contexto actual que viven las mujeres ecuatorianas visto desde cifras del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Los hechos son: 32 de cada 100 mujeres han vivido algún tipo de violencia y dichos números son bastante reducidos en el ámbito familiar debido a la falta de denuncia. En ese contexto la realidad de la mujer ecuatoriana muestra una deuda social que requiere atenciones especiales tanto del Estado como de la sociedad entera.

Alejándose de lo fáctico también existen razones jurídicas para la disidencia. En primer lugar, está una falta de argumentación en el voto de mayoría al momento de abordar la conexidad recuerdan que las normas impugnadas versan sobre la patria potestad y no sobre la tenencia. La regulación específica de la tenencia se encuentra en el artículo 118 del CNA que tiene una referencia a las reglas desarrolladas en el artículo 106. La sentencia de mayoría expresamente se refiere a reglas que son de observación subsidiaria al momento de analizar un artículo que no fue impugnado; la capacidad de análisis conexo requiere de un esfuerzo argumentativo que no está presente en la sentencia de mayoría. En consecuencia, existiría una observación de reglas contenidas en la LOGJCC<sup>32</sup> al momento que la CCE no realiza la argumentación necesaria para justificar la conexión entre los contenidos normativos conexos.

Otro tema está en una errónea identificación de reglas generales al momento de encargar la patria potestad o la tenencia de NNA, ya que las reglas demandadas mencionan integralmente que la regla general es el acuerdo entre progenitores. No sería procedente ignorar el contexto normativo y la interpretación sistemática requerida en sede constitucional; la tenencia compartida no tiene reconocimiento explícito en el CNA, pero podría buscarse dentro de la regla general existente: el acuerdo. La preferencia materna sería una decisión subsidiaria en caso de que padres y madres no logren llegar a fórmulas mutuas de acuerdo lo que causa que el análisis del voto de mayoría no esté acorde a la realidad normativa.

Igualmente señalan que el objeto constitucionalmente protegido por las reglas impugnadas no está reconocido idóneamente ya que el ISN sí es un principio rector al momento de aplicar el CNA y que además hay reglas claras para verificar tratos discriminatorios. Los criterios aplicables son los de comparabilidad, constatación del trato diferenciado con base en una de las categorías contenidas en el artículo 11 de la CRE y verificación del resultado ocasionado. De una lectura

---

<sup>32</sup> Artículo 76 numeral noveno.

del voto de mayoría no lograría evidenciarse que se supere el primer elemento (comparabilidad) ya que los sujetos madres y padres no están en condiciones iguales o semejantes. También se recuerda la existencia de fuertes riesgos de que las violencias contra la mujer se agraven con su migración al contexto judicial donde las madres en desventaja económica sufrirán más.

Finalmente justifican la existencia de la preferencia materna como acción afirmativa tomando en cuenta la realidad ecuatoriana donde las mujeres con hijos e hijas son quienes mayores episodios de violencia intrafamiliar han sufrido. Si las estadísticas reflejan que las cabezas del hogar son generalmente madres jefas de familia (en hogares separados o divorciados) entonces merecen acciones afirmativas. La regla general tiene como finalidad el acuerdo entre padres y madres y si ambos demuestran iguales condiciones opera la preferencia materna; asignación que requiere de análisis en conjunto a los factores exigidos por el ISN. Las reglas no son absolutas y consideran la opinión de NNA; contienen medidas de acción afirmativa para proteger grupos de atención prioritaria sobre todo cuando sufren violencia de género e intrafamiliar. Este es el contexto ignorado por la sentencia de mayoría; por ello debía desestimarse la acción pública de inconstitucionalidad.

### **2.1.7 Examen Crítico: Puntos de Potencial Riesgo Abstracto**

La argumentación realizada por el voto de mayoría tiene suficiente bagaje como para considerarla adecuada en función de su objetivo. Si bien toma una postura con la cual se puede estar o no de acuerdo a nuestra consideración no existe arbitrariedad dentro de la misma, sino que quiere dar una respuesta a un problema. Y la solución propuesta no es la única y quizá no sea la adecuada, como dice el voto concurrente sólo el tiempo dirá si fue lo correcto y siempre estará la facultad de revisar la norma para adecuarse a la realidad. Reconocer la existencia de riesgos significa que hay puntos donde posiblemente sea posible llegar a términos medios entre las dos aristas argumentativas que giraban alrededor del conflicto y brindar soluciones a algunos de los riesgos potenciales. Para ello, que es objetivo del último capítulo, concluimos este apartado con la identificación clara y específica de los riesgos en términos abstractos que son abiertos por el voto de mayoría:

1. La confusión entre patria potestad y tenencia parte de la ambigua definición de sus reglas específicas en el CNA, haciendo que la segunda deba decidirse con base en las reglas de la primera. La conexidad tiene que respetar los mandatos de la LOGJCC y la argumentación dada en el voto de mayoría aparenta tener un vicio motivacional de insuficiencia. Estos temas deben ser evitados por la CCE ya que abre la puerta a futuros

exabruptos en la modulación y creación legislativa tras la declaratoria de inconstitucionalidad.

2. La violencia vicaria, intrafamiliar y la dependencia económica que las originan son males endémicos de la sociedad que no terminarán por la sola vigencia de parámetros distintos. La sociedad no cambia de la noche a la mañana por alteraciones normativas o porque se mande a determinadas instituciones públicas a capacitar; el Derecho si bien tiene un poder transformador este nunca ha demostrado ser completo. Por ello, la sola existencia o presunción justificada de la existencia de violencias debería ser criterio suficiente para que la tenencia sea otorgada a la madre u otra persona capaz. Podría solucionarse con la preferencia materna siendo una respuesta excepcional ante estos casos.
3. Propender a un rol masculino más involucrado en el cuidado es tarea diaria y donde ciertos agentes estatales deben estar constantemente activos. Por ello y para evitar que sean finalmente mujeres quienes cuiden pese a que sean padres quienes tengan legalmente la tenencia deberían trazarse herramientas normativas para el seguimiento de las medidas dictadas. Observar su cumplimiento y pactar períodos de tiempo para revisión frecuente ya que las condiciones de los NNA cambian periódicamente.

## **2.2 Comparativa con Países que Regulen la Tenencia Compartida**

### **2.2.1 España y su Sistema de Guarda**

En este caso el artículo 154 del Código Civil es la principal referencia a la patria potestad; el mismo recoge los deberes de los padres con respecto a sus hijos no emancipados. En el primer punto incluye que se debe velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurar una formación integral. Posteriormente, en el segundo punto, presenta las obligaciones de representarlos y administrar sus bienes. Por ende, cuando los progenitores viven juntos la guarda y custodia está inmiscuida en el libre ejercicio de la patria potestad; sin embargo, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, ambos cónyuges mantendrán como regla general tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad. Independientemente de a cuál de ellos se otorgue la guarda y custodia de los menores de edad en común (Martínez, 2018).

Para ello, este sistema establece tres modalidades que se pueden adoptar: la guarda y custodia exclusiva o unilateral, la guarda y custodia partida o distributiva, y la guarda y custodia compartida o alternativa. Es menester mencionar que hay autores que consideran también una modalidad de guarda y custodia de carácter excepcional en la que ésta es ejercida por una tercera persona distinta de los progenitores.

1. La guarda y custodia exclusiva o unilateral también llamada monoparental, es aquella que se ejerce únicamente por uno de los dos progenitores y se define como la cohabitación con los hijos e hijas menores con uno sólo de los progenitores de manera individual. Sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso.
2. La guarda y custodia partida por otro lado, se refiere a aquellos supuestos en los que, al existir varios hijos en común, el cuidado de unos es asignado principalmente a uno de los progenitores y el de los demás hijos al otro, lo que podría representar un problema en la convivencia y vínculo de los hermanos entre sí.
3. La custodia compartida por otro lado tiene el objetivo de incluir la participación de ambos progenitores tanto en la crianza como en la educación de sus hijos con un sistema de guarda alternada o sucesiva. En la que los hijos alternan periodos de convivencia con uno y otro progenitor; a partir de la Ley 15/2005 se introdujo el término en la normativa por primera vez. Modificando así el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Dentro de la custodia compartida existen dos principios fundamentales a considerar, aunque no son exclusivos de este régimen, estos son; el principio de corresponsabilidad parental, centrado en garantizar la igualdad de derechos y el reparto equitativo de los deberes de los progenitores en relación al cuidado de sus hijos menores; y el principio de coparentalidad, entendido como el derecho que poseen los menores a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores. (Martínez, 2018).

En mencionado país, la guarda y custodia de menores también está determinada en su jurisprudencia por la supremacía del Interés superior del niño, niña o adolescente; objetivo esencial del derecho de familia. Sin embargo, existen numerosas investigaciones dedicadas a evidenciar el mal manejo de este principio en los razonamientos judiciales en procesos de separación. Por ejemplo, un estudio enfocado en los juicios de los años 1993-2000 analizó sistemáticamente 782 sentencias judiciales que tenían por objetivo establecer la guarda y custodia de menores. Se obtuvo como resultado que el 57.3% no se acogían a criterios establecidos; pues casi todas las sentencias que favorecen con el derecho de guarda y custodia al padre se basaban en criterios de exclusión hacia la madre, mas no en el interés superior del menor (Arce, Fariña y Seijo, 2005).

### **2.2.2 Chile y su Sistema de Tenencia**

En Chile por otra parte, la llamada tenencia en el contexto ecuatoriano, se denomina “cuidado personal” y anteriormente “tuición” refiriéndose al conjunto de derechos y obligaciones de crianza y educación que los padres ejercen sobre los hijos con los cuales conviven (Lathrop, 2017).

En este sentido, en junio de 2013, se establece la ley N° 20.680, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales, con la finalidad de proteger la integridad del menor en situación de separación o divorcio. Esta ley reformó la materia de cuidado personal de los hijos, incorporó las premisas de cuidado compartido y corresponsabilidad parental, además de revocar la preferencia en la atribución del cuidado personal a la madre. Una de las normativas relevantes de esta reforma es incluir la posibilidad de que los padres acuerden un régimen de cuidado personal compartido de los hijos. En la materia, la regla introducida por la Reforma, en su artículo 225 inc. 2° del Código Civil de Chile, dispone lo siguiente:

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad (Tapia, 2013)

El mismo artículo alega también que los padres que viven separados pueden entablar un común acuerdo para determinar que el cuidado personal de los hijos corresponda a ambos progenitores de forma compartida. El juez puede designar el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo la posibilidad de que se atribuya una modalidad de custodia compartida en ausencia de acuerdo entre ellos. Es decir, sin el acuerdo previo, el juez no podrá asignar un régimen de cuidado personal compartido.

En esta reforma también se produjo la desaparición de la atribución preferente a la madre, pues en este contexto internacional la disposición sugería que las madres alberguen en toda situación el sentimiento de poder sobre el cuidado de los hijos. Reduciendo así la posibilidad de acuerdos beneficiosos en cuanto a la repartición equitativa de derechos y deberes entre los progenitores y la presencia de ambos en su crianza y educación. Además, inserta la concepción prejuiciada referente a una aptitud natural de la mujer para cuidar a los hijos, lo cual no es coherente con la actual repartición equitativa entre el hombre y la mujer de las labores de cuidado del hogar e hijos en común.

La ley transformó la consigna de “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos” a “a falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”. Siendo un punto aún muy cuestionable pero que sirvió como plan de contingencia mientras se esclarece el cambio total de la reforma (Tapia, 2013). Finalmente, para este análisis se considera que los criterios a tomarse en cuenta en los tribunales para la asignación del cuidado personal a uno de los padres, según Rodríguez (2011) son los siguientes:

- Posibilidad de vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar.
- Aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de proveer de un entorno adecuado para su edad.
- Contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre.
- La actitud de cooperación con el otro progenitor a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.
- La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- Opinión expresada por el hijo.
- Resultado de los informes periciales que se hayan ordenado.
- Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- El domicilio de los padres.
- Cualquier otro antecedente relevante para resguardar el ISN.

### **2.3 Guía del Consejo de la Judicatura**

En Ecuador actualmente se encuentra en vigencia la Guía de Evaluación y Determinación del Interés Superior de la Niñez en los Procesos Judiciales elaborado por el Consejo de la Judicatura (2021). El objetivo de esta es la “entrega [de] elementos objetivos de consideración y análisis para que las y los operadores de justicia evalúen y determinen lo más adecuado para proteger, respetar y garantizar el conjunto de derechos de los NNA y restituir cuando estos han sido vulnerados” (p. 9). De igual manera, la introducción de este documento deja claras las bases sobre las cuales es construida: la CDN, protección integral y sobre todo la Observación General 14. Con ello procede a presentar una estructura de tres partes para el uso judicial de esta guía: una primera con conceptos generales del ISN, posteriormente un apartado de pasos para evaluar



y determinar el ISN en procesos judiciales y finalmente la tercera parte otorga pautas para el seguimiento de la determinación del ISN (p. 10).

En lo concerniente al primer apartado, la Guía desarrolla en primer lugar el concepto del ISN en observación de los desarrollos del Sistema Universal, hablando del mismo como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento. Luego pasa a explicar escenarios donde debe considerarse el ISN como en temas de medidas de protección, visitas, divorcio, patria potestad, adolescentes infractores, entre otros. Finalmente menciona dos principios aplicables a estos procesos intelectivos de determinación: el de necesidad y el de idoneidad.

La segunda parte ilustra un proceso para evaluar y determinar el ISN en los procesos judiciales que requieren del mismo. Divide este engranaje en tres pasos: durante el primero se obtiene y recauda información en momentos clave para los procesos como con los actos de proposición e informes de investigación. Dentro de las facultades de jueces y juezas para determinar el ISN están las audiencias reservadas e información de otros procesos. En el segundo paso para evaluar el ISN corresponde observar derechos y circunstancias de NNA como: a la opinión de NNA; su derecho a la identidad; familia y convivencia familiar; cuidado, protección y seguridad del niño; situación de vulnerabilidad: salud; educación. Finalmente, para la toma de decisiones se dispone una guía sobre la responsabilidad judicial de determinar el ISN, el equilibrio que debe existir entre los elementos analizados y qué hacer ante la falta de información.

La parte final sobre el seguimiento se basa en el constante desarrollo y cambio de NNA por lo que es requerida asesoría técnica de la Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia del Consejo de la Judicatura. Luego se presentan anexos como una tabla para consideración judicial al determinar el ISN, la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos, la Observación General 14 y el Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense mediante Escucha Especializada a Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales.

**Capítulo III: Perspectiva jurisdiccional, recopilación de nudos críticos y potenciales soluciones para una adecuada aplicación del ISN en procesos de asignación de patria potestad**

**3.1 Entrevistas con Jueces y Juezas de Unidades Especializadas en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca.**

Habiendo analizado conceptos de importancia para el entendimiento completo del interés superior del niño, y una observancia a los puntos de rigor de la sentencia Nro. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional en los capítulos anteriores, surge la necesidad de poner bajo observancia académica la opinión y respuesta de tres jueces de la Unidad Especializada en Familia, mujer niñez y adolescencia del Cantón Cuenca.

La entrevista fue el instrumento académico idóneo para recabar información precisa y llegar a las reflexiones de este trabajo académico; así los Jueces mencionados a continuación aportaron a este trabajo respondiendo las catorce preguntas del cuestionario. Las respuestas fueron amplias y precisas, para fines académicos se utilizó una transcripción no textual de las mismas que respetan fielmente el sentido con el que fueron expresadas.

**3.1.1 Entrevista con el Doctor Juan Carlos Paz**

El entrevistado inicia con una puntualización: lo que resolvió la CCE está en torno a la institución jurídica de la tenencia. Esta confusión surge a raíz de que las reglas para asignar la tenencia son las mismas que la patria potestad.

Pregunta 1: Como juzgador de la unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿cuál sería su definición de interés superior del niño?

Responde: El ISN merece atención de los operadores jurisdiccionales al momento de resolver sobre algo que pueda afectar a NNA.

Agrega que es este principio el que los obliga a observar lo que sea mejor para ellos y nace de necesidades teóricas y doctrinarias a partir de la protección integral. Entonces, aquí estaría el punto de inicio para que jueces y juezas vean y verifiquen que las condiciones del NNA sean primordiales sobre cualquier otro interés en juego. Desde un entendimiento más conceptual y tomando en cuenta desarrollos de los diversos sistemas de protección de derechos podría mencionarse que el ISN tiene tres formas de análisis.

En primer lugar, como norma de interpretación, siendo un principio que exige el fortalecimiento del resto de normas al momento de interpretar para su aplicación. Segundo, sería un derecho sustantivo ya que consiste en una norma específica regulada desde el CDN y en Ecuador a nivel constitucional. Finalmente, como norma de procedimiento al momento que las jurisdicciones resuelvan casos sobre la base de las condiciones propias y aplicables a cada caso concreto.

Pregunta 2: ¿Cuáles son los parámetros que determinan que un niño está en "condiciones de expresar su opinión"?

Responde: Al determinar las condiciones de un niño o de una niña para expresar su opinión, el entrevistado menciona un aspecto clave: la consideración de desarrollos en cuerpos como la Opinión Consultiva OC-17/2002<sup>33</sup> y la Observación General No. 14<sup>34</sup>. Ellos incluyen cuatro principios vitales a ser observados: la supervivencia, desarrollo y la vida; la igualdad y no discriminación; el interés superior y la participación democrática de los niños. Escuchar a NNA estaría dentro del cuarto principio y para entender la participación es importante el caso Atala Riffo vs Chile.<sup>35</sup>

Es necesario comentar que en este caso paradigmático que resolvió la CIDH se observa que no se acogió la opinión de las menores en la decisión de la tenencia. La justicia chilena decidió sobre la tenencia de las menores con argumentos errados privando de la tenencia de sus hijas a la madre sustentado en su preferencia sexual, tomado esto como un punto de importancia más relevante que la atención a la voluntad y bienestar de las hijas de Karen Atala y de su rol como madre.

El entrevistado agrega finalmente: Por tanto, ¿cómo podemos darnos cuenta de que existen condiciones para que un NNA exprese su opinión? Esta obligación jurisdiccional nace desde que los NNA pueden darse a entender y que su condición para dialogar sea adecuada. Partiendo desde un análisis etario, según la preferencia del juez más o menos entre los cuatro y cinco años.

---

<sup>33</sup> La Opinión Consultiva OC-17/2002 es un dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño de fecha 28 de agosto de 2002.

<sup>34</sup> La Observación General No. 14 es un análisis realizado por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas para así esclarecer la correcta interpretación y aplicación del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

<sup>35</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 239 CIDH.

Pero debe considerarse que no solamente se expresan de manera verbal, la comunicación oral transmite mucho y los aportes psicológicos y de ramas afines son muy útiles para entender las necesidades. Sin embargo, a partir de los 12 años ya sería mandatorio escucharlo y considerar que está en plena consciencia de las circunstancias que pueden afectar. Cabe puntualizar que procesalmente no existe una edad específica o delimitada, dejando a la debida discreción y observación de los desarrollos generales en la materia.

Pregunta 3: En los casos de divorcio en los que existan hijos menores de 12 años, ¿cómo se atiende al interés superior del niño?

Responde: Para los casos de divorcio, obligatoriamente debe atenderse el ISN con base en las circunstancias de cada caso, por ello es imposible dar reglas generales de aplicación universal. Por ello los parámetros de la sentencia deben ser observados siempre en atención de los contextos específicos al caso individual. Un remedio que quiera aplicarse a todos los casos desnaturalizaría los problemas que tiene cada NNA y sus circunstancias familiares, sociales e individuales. Hoy en día, pese a la inexistencia de normativa específica tras la inconstitucionalidad de la preferencia materna la CCE emite reglas de aplicación jurisdiccional en su calidad de legislador negativo, pero con una condición clara: son temporales hasta que el legislativo desarrolle la normativa aplicable. A breves rasgos, hoy en día se aplican las reglas contenidas en la sentencia No. 28-15-IN/21.

Pregunta 4: ¿Cómo aplica el juez el derecho en vista de la retardada adecuación normativa del artículo 106.4 del CNA sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?

Responde: Lo que se resolvió por parte de la Corte Constitucional es que el numeral 2 y 4 del artículo 106 del CONA son inconstitucionales, la preferencia materna ha desaparecido. y como legislador negativo, la Corte Constitucional dicta que hasta mientras las reglas son las que enumeran como legisladores negativos, expulsando el ordenamiento jurídico a través del control de constitucionalidad. Hasta que el legislador determine lo pertinente. Se aplican las reglas establecidas por la Corte hasta que las determine positivamente la Asamblea.

Pregunta 5: ¿Qué criterios son relevantes a considerar para otorgarle el derecho de tenencia de los hijos a un progenitor?

Responde: Una de las formas de ejercer la patria potestad es precisamente la tenencia; las reglas para esta última no son las mismas que la patria potestad. Lo que expidió la Corte Constitucional a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad son de aplicación exclusiva a la institución de la tenencia. Entre estas tenemos: deseos, emociones, sentires, deseos, presencia emocionalmente estable de un cuidador, ausencia de riesgos, continuidad en la vida de NNA, dedicación brindada, identidad, aptitud idónea, etc. La patria potestad tiene causales específicas para su limitación, suspensión y privación, por tanto, las reglas anteriores de la tenencia no son aplicables para esta.

Pregunta 6: En términos procesales ¿cómo se puede comprobar que uno de los progenitores podría perjudicar los derechos de NNA al asignársele la tenencia de este?

Responde: En tema de derecho de menores se debe tener un cuidado exponencial en los riesgos a la integridad del menor. El entrevistado recomienda realizar una tabla con los parámetros que deben observarse e ir llenando conforme lo que ha podido observar procesalmente, debiendo observar también la potencial existencia de riesgos; un riesgo generalmente consiste en una acción que genere un temor en el NNA. Este luego se materializa y ya no se puede revertir, posteriormente solo quedan medidas reparativas o paliativas, pero no se puede devolver a la situación original. Por tanto, deben analizarse tanto riesgos como daños.

Pregunta 7: ¿Qué debería ser un padre para ser el candidato idóneo para asignarle la tenencia de sus hijos menores de edad?

Responde: Si hablamos de características que debería tener un padre para ser asignado con la tenencia, en las reglas que deben observarse en ningún momento se coloca como punto a consideración la condición sexo genérica de un progenitor. Podrían valorarse estas circunstancias cuando existe algún tipo de discriminación caso contrario no puede hacerse.

Pregunta 8: ¿Qué aspectos descartan a un progenitor para otorgarle la tenencia de los hijos menores?

Responde: Generalmente en las causales de divorcio que refieren a la violencia en miembros del núcleo familiar se puede configurar un espacio nocivo para los niños, niñas y adolescentes. Por lo que en casos con riesgo o evidente violencia se debe plantear un ambiente ausente de violencia para el desarrollo infantil. Cuando hay violencia se debe precautelar al niño y tomar

medidas, aunque esto requiera separarlos de su madre o padre, porque a pesar de haber violencia existen vínculos afectivos que deben cuidarse más no mantenerlos en casos así.

Pregunta 9: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre, ¿con qué frecuencia considera usted que los padres llegan a un acuerdo sobre la tenencia?

Responde: Un aproximado de un 6-7 al ser preguntado sobre la frecuencia en la que observa la existencia de acuerdos entre padres y madres sobre la tenencia.

Pregunta 10: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna a la madre la tenencia?

Responde: Con o sin reglas sería una valoración de 9.

Pregunta 11: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna al padre la tenencia?

Responde: La asignación paterna sería de un 1.

Pregunta 12: Del 0 al 10 donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia se presentan informes psicológicos o de trabajo social a los padres en procesos de divorcio?

Responde:

La respuesta es un 2; agrega: sería complicado cuantificar ya que depende de los casos que necesiten este tipo de informes. Puede resumirse en que la totalidad de los casos que requieran de los mismos es donde se presentan. Los peritajes psicológicos a progenitores los considera necesarios solo en casos que realmente lo ameriten.

Pregunta 13: ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores en casos de divorcio?

Responde: Solamente cuando se evidencien riesgo o una clara alteración al desarrollo integral del niño o adolescente. Generalmente se puede presuponer en puntuales causales de divorcio que incluyan cualquier tipo de manifestación de violencia como un espacio en el que pudo haber sido afectado el NNA.

Pregunta 14: ¿Existen casos en los cuales se prefirió al padre y no a la madre para asignársele la tenencia de NNA en procesos de divorcio?

Responde: Si, existen casos donde la valoración de aspectos específicos ha asignado la tenencia al padre. Hoy en día con la inconstitucionalidad de la preferencia materna es mucho más simple realizar estas asignaciones.

### **3.1.2 Entrevista con la Doctora Gabriela Navas Amoroso**

Pregunta 1: Como juzgador de la unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿cuál sería su definición de interés superior del niño?

Responde: El interés superior del niño es entendido como el principio donde los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre cualquier otro derecho. En este sentido, el Estado está en la obligación de brindar todas las garantías para resguardar dichos derechos, situación enmarcada en el artículo 44 de la Constitución. En relación con el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Pregunta 2: ¿Cuáles son los parámetros que determinan que un niño está en "condiciones de expresar su opinión"?

Responde: Entre los varios parámetros que se pueden considerar, e incluso más importantes que la edad, está la madurez psicológica y física. Ello es valorado en las audiencias reservadas para determinar a través de técnicas como entrevistas o dibujos (dependiendo de la etapa de desarrollo), si el niño está en condiciones de dar su opinión.

Pregunta 3: En los casos de divorcio en los que existan hijos menores de 12 años, ¿cómo se atiende al interés superior del niño?

Responde: En los casos de divorcio, tal como lo determina el artículo 115 del Código Civil, tiene que tratarse primero la situación socioeconómica de los menores de edad; que incluye régimen de visitas, tenencia y la fijación de una pensión alimenticia. En caso de que no exista acuerdo entre los progenitores, la jueza entrevistada suele enviar a un equipo técnico compuesto por un psicólogo, un trabajador social y un médico para que realice un informe que determina

principalmente con qué progenitor el niño se siente más seguro y recibe una mejor calidad de vida tanto en el aspecto económico como emocional.

Pregunta 4: ¿Cómo aplica el juez el derecho en vista de la retardada adecuación normativa del artículo 106.4 del CNA sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?

Responde: Existe la sentencia de la Corte Constitucional analizada, que es entendida para los jueces como un precedente, donde se establece que al derogarse la preferencia a la madre para conferir la tenencia o patria potestad se tiene que dar paso a un análisis de varios parámetros. Tales como informes técnicos, opinión del niño o niña y valoración psicosocial del entorno familiar de cada progenitor.

Pregunta 5: ¿Qué criterios son relevantes a considerar para otorgarle el derecho de tenencia de los hijos a un progenitor?

Responde: Los criterios en los que los jueces se basan para atribuir la patria potestad son la audiencia reservada con el niño o niña y los informes del equipo técnico de la unidad judicial. Incluyendo una valoración psicológica y social a través de una visita a la vivienda del niño.

Pregunta 6: En términos procesales ¿cómo se puede comprobar que uno de los progenitores podría perjudicar los derechos de NNA al asignársele la tenencia de este?

Responde: Se puede comprobar con los informes técnicos.

Pregunta 7: ¿Qué debería ser un padre para ser el candidato idóneo para asignarle la tenencia de sus hijos menores de edad?

Responde: estos criterios pueden ser un poco subjetivos, pues al identificarse con el grupo de padres menciona que estos tratan de dar lo mejor a sus hijos. Sin embargo, a veces situaciones como enfermedad o alcoholismo pueden generar un ambiente inapropiado. Es por esta razón que no se cuenta con parámetros específicos ante la mirada de la entrevistada que deberían ser cumplidos por un progenitor. Las situaciones de vida pueden ser muy variables para cada persona por lo que se requiere de una valoración caso por caso para determinar el ambiente más estable para el niño, niña o adolescente.

Pregunta 8: ¿Qué aspectos descartan a un progenitor para otorgarle la tenencia de los hijos menores?



Responde: Lo que podría descartar a un progenitor para obtener la tenencia es enfermedad, alcoholismo, estilos de crianza no respetuosa o autoritaria y violencia física.

Pregunta 9: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre, ¿con qué frecuencia considera usted que los padres llegan a un acuerdo sobre la tenencia?

Responde: Los padres llegan a un acuerdo en 7 de cada 10 casos.

Pregunta 10: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna a la madre la tenencia?

Responde: En 8 de cada 10 casos, se le atribuye la tenencia a la madre al considerar las valoraciones del equipo técnico o por un acuerdo entre las partes procesales.

Pregunta 11: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna al padre la tenencia?

Responde: En cada 6 de 10 casos la tenencia es asignada al padre.

Pregunta 12: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia se presentan informes psicológicos o de trabajo social a los padres en procesos de divorcio?

Responde: En 6 de cada 10 casos el equipo técnico de familia realiza valoraciones a los progenitores para medir su aptitud para la tenencia, debido al mutuo acuerdo entre los padres.

Pregunta 13: ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores en casos de divorcio?

Responde: Son necesarios los peritajes psicológicos en casos en los que hay controversia en el divorcio respecto a la situación socioeconómica.

Pregunta 14: ¿Existen casos en los cuales se prefirió al padre y no a la madre para asignársele la tenencia de NNA en procesos de divorcio?

Responde: Sí, han existido casos en los que la tenencia ha sido entregada al padre por mutuo acuerdo u otros en los que la madre atravesaba cierta patología mental que requería internamiento.

### **3.1.3 Entrevista con el Doctor Luis Felipe Torres**

Pregunta 1: Como juzgador de la unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿cuál sería su definición de interés superior del niño?

Responde: El ISN se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Constitución, en la Declaración de los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y Adolescencia. No obstante, el concepto a criterio personal del entrevistado es toda una corriente destinada a la protección integral por parte del Estado para precautelar el bienestar de niños, niñas y adolescentes.

Pregunta 2: ¿Cuáles son los parámetros que determinan que un niño está en "condiciones de expresar su opinión"?

Responde: Según nuestra normativa todos los niños, niñas y adolescentes deben ser consultados en los asuntos en los que se vean inmersos tomando en cuenta su edad y madurez, aunque esto sea relativo. Hay niños y niñas de cinco años que se expresan mejor que el resto de su edad y a su vez; hay otros de nueve o diez años que no pueden comunicarse verbalmente con facilidad. Pero es necesario buscar la manera de que se expresen porque eso es garantizar su derecho a ser escuchados, ya que son sujetos de derechos y no objetos de sus padres. Sea con el auxilio técnico de psicólogos y trabajadores sociales o a través de la charla directa con el juzgador.

Pregunta 3: En los casos de divorcio en los que existan hijos menores de 12 años, ¿cómo se atiende al interés superior del niño?

Responde: Es similar la protección de niños, niñas y adolescentes en los casos de divorcio y en cualquier otro caso en los que el niño se vea directa o indirectamente afectado. Se debe dar el mismo trato, el menor debe ser consultado. La gestión de la administración de justicia debe basar su actuación en el principio de humanidad, en la aplicación del derecho está sobre cualquier formalidad.

Pregunta 4: ¿Cómo aplica el juez el derecho en vista de la retardada adecuación normativa del artículo 106.4 del CNA sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?

Responde: la sentencia de la Corte Constitucional y su pronunciación respecto a los dos numerales. Con todo, pone a consideración que los padres tienen dos tipos de obligaciones, las

legales y las obligaciones naturales. Las naturales a pesar de no estar plasmadas en un cuerpo legal son básicas y necesarias de satisfacer para un desarrollo correcto. Para ello el juez entrevistado observa la relación del hijo varón con sus padres y de la hija mujer con sus padres, distinción necesaria para ver cómo es la relación que se tienen mutuamente. Si un padre es violento es notorio en la actitud de sus hijos con él, si un padre está presente en las actividades académicas de sus hijos se nota también.

Se trata de entender la relación que tienen los padres con sus hijos para saber quién es el candidato idóneo para la tenencia de su hijo en caso de que no haya un acuerdo; el indicador más certero siempre será escuchar al hijo.

Pregunta 5: ¿Qué criterios son relevantes a considerar para otorgarle el derecho de tenencia de los hijos a un progenitor?

Responde: Se deben observar algunas cuestiones, aparte de las reglas descritas en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la tenencia. El cumplimiento de las mencionadas obligaciones legales y naturales, la calidad de relación que tienen los padres con sus hijos en lo conductual y lo afectivo. Todo para garantizar que habrá cuidado, crianza y relación positiva entre padre e hijo.

Pregunta 6: En términos procesales ¿cómo se puede comprobar que uno de los progenitores podría perjudicar los derechos de NNA al asignársele la tenencia de este?

Responde: Todo depende del cumplimiento de las obligaciones naturales, puede haber padres que cumplan con obligaciones legales como pagar una pensión alimenticia o con la de garantizarles la vivienda, pero en las naturales se descubre mucho más, el trato con el menor, el cuidado integral en aspecto físico y psicológico. El modo más seguro de determinar si un padre o madre perjudican el desarrollo de sus hijos es en la convivencia, ahí se demuestra la realidad de la relación padre hijo - madre hijo y van más allá de las obligaciones legales. Se puede determinar también con el equipo técnico de trabajadores sociales, psicólogos y demás quienes determinen la realidad de la crianza con el padre y la madre.

Pregunta 7: ¿Qué debería ser un padre para ser el candidato idóneo para asignarle la tenencia de sus hijos menores de edad?

Responde: El cumplimiento de la obligación parental de forma natural, sea del padre y de la madre se evidencian en la relación que tiene con sus hijos, las acciones independientes de los

padres, teniendo en cuenta el principio de corresponsabilidad parental los padres están en las mismas condiciones de cumplir obligaciones y ejercer derechos para con sus hijos. Menciona que tanto el padre como la madre tienen la misma obligación de cuidar, proteger y educar a sus hijos en igual responsabilidad.

Pregunta 8: ¿Qué aspectos descartan a un progenitor para otorgarle la tenencia de los hijos menores?

Responde: Es de suma importancia considerar que no existan indicios o secuelas de algún tipo de maltrato, sea este físico, psicológico, económico pues de ser así el padre o madre que ejerza estas conductas no está en las óptimas condiciones de cuidar a sus hijos, por lo que mediante algunos mecanismos como terapias psicológicas se ha logrado erradicar conductas lesivas. El incumplimiento de las obligaciones naturales de los padres para con los hijos es un indicador de relevancia.

En el caso que un padre o una madre provean a los hijos de condiciones de vida excelentes, pero en presencia de episodios en los que se ejerza violencia se debe proteger al menor con atención psicológica, medidas cautelares, informes de trabajo social y demás mecanismos para tratar de no destruir el vínculo familiar.

Pregunta 9: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre, ¿con qué frecuencia considera usted que los padres llegan a un acuerdo sobre la tenencia?

Responde: 5 de cada 10 casos.

Pregunta 10: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna a la madre la tenencia?

Responde: 9.5 de cada 10 casos.

Pregunta 11: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna al padre la tenencia?

Responde: El entrevistado responde: 0.5 de cada 10 casos

Pregunta 12: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia se presentan informes psicológicos o de trabajo social a los padres en procesos de divorcio?  
Responde: 5 de cada 10 casos

El entrevistado precisó que siempre que existan indicios de ejercicio de violencia en cualquiera de sus formas en el núcleo familiar se debe solicitar informes psicológicos, y técnicos sociales. Estos pueden darse en la expresión de los menores de manera verbal, escrita o con dibujos. Además de la posibilidad de que alguna parte procesal solicite los mismos.

Pregunta 13: ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores en casos de divorcio?

Responde: Si, cuando existen problemas de violencia dentro del núcleo familiar es indispensable hacer peritajes y brindar atención psicológica con la precisión de que siempre debe contarse con el ánimo voluntario de los cónyuges para restablecer el vínculo.

Pregunta 14: ¿Existen casos en los cuales se prefirió al padre y no a la madre para asignársele la tenencia de NNA en procesos de divorcio?

Responde: Si, se han dado casos, en realidad no es lo más común, pero de los pocos casos han sido porque la madre ha migrado y unos cuantos más por voluntad propia la madre cedió la tenencia al padre.

### 3.2 Síntesis

A continuación, se presenta una recopilación general de las respuestas para contar con una perspectiva amplia y condensada de los tópicos presentados y los argumentos expuestos por los operadores de justicia. No se evidencian contradicciones marcadas entre los entrevistados sino percepciones más bien uniformes.

Pregunta 1: Como juzgador de la unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿cuál sería su definición de interés superior del niño?

Se menciona que actúa tanto como norma de interpretación, derecho sustantivo y norma de procedimiento. Es una obligación por cumplir y observar al momento de decidir sobre temas que involucren a NNA; condicionando que prime su interés sobre cualquier otro. Igualmente, el Estado está obligado a brindar garantías para el resguardo de derechos contemplados dentro

del paraguas del ISN. Está contemplado en la Constitución, CNA, instrumentos internacionales y en la doctrina de la protección integral.

Pregunta 2: ¿Cuáles son los parámetros que determinan que un niño está en “condiciones de expresar su opinión”?

Hay que considerar los desarrollos de la Opinión Consultiva OC-17/2002 y de la Observación General No. 14. El principio de ISN en transversalización con la participación democrática de los niños exige que operadores judiciales estimen no solamente la comunicación verbal sino la no oral. Para ello se cuenta con herramientas profesionales externas al derecho; cuya utilización o incluso el uso directo de las entrevistas no depende de una edad específica sino de las circunstancias específicas del caso. Con ese fin en mente es que debe considerarse la madurez psicológica y física además de que son sujetos de derechos en sí.

Pregunta 3: En los casos de divorcio en los que existan hijos menores de 12 años, ¿cómo se atiende al interés superior del niño?

En observación estricta de las circunstancias particulares de cada caso, por ello es imposible reducir las decisiones a reglas genéricas. Esto causaría una desnaturalización de los problemas de cada NNA y sus circunstancias individuales. Entonces, es la CCE quien emite reglas de aplicación que son temporales hasta que se desarrolle la normativa aplicable por parte del Legislativo, tomando en cuenta dicha condición. Al ser consultados sobre lo que realizan dentro de sus casos mencionaron el uso de herramientas como psicología, trabajo social y medicina para aclarar con quién el NNA siente mayor seguridad y puede alcanzar mejor calidad de vida. Teniendo siempre en mente el principio de humanidad y que en estos casos es posible, y necesario, dejar de lado un tanto las formalidades del derecho.

Pregunta 4: ¿Cómo aplica el juez el derecho en vista de la retardada adecuación normativa del artículo 106.4 del CNA sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?

La preferencia materna desaparece y lo que está vigente son las reglas de precedente que dictó la CCE hasta que el legislador determine lo que debe.

Pregunta 5: ¿Qué criterios son relevantes a considerar para otorgarle el derecho de tenencia de los hijos a un progenitor?

Los deseos y emociones de los hijos, en la relación parento-filial se considera una presencia emocionalmente estable, ausencia de riesgos, continuidad en la vida, dedicación, aptitud idónea, cumplimiento de obligaciones legales y naturales, entre otras. Para determinar todo ese conjunto se tienen las herramientas de la audiencia reservada e informes de equipos técnicos.

Pregunta 6: En términos procesales ¿cómo se puede comprobar que uno de los progenitores podría perjudicar los derechos de NNA al asignársele la tenencia de este?

Es recomendable realizar una tabla con los parámetros que deben observarse y llenarla con lo que se observa a partir de todas las diligencias actuadas dentro del proceso, incluyendo la presencia de riesgos y temores en el NNA.

Pregunta 7: ¿Qué debería ser un padre para ser el candidato idóneo para asignarle la tenencia de sus hijos menores de edad?

Que brinde condiciones y garantías óptimas para el cuidado del NNA; debiendo tener especial cuidado con situaciones como enfermedad o alcoholismo. En realidad, las condiciones de vida pueden ser muy variables por lo que el análisis caso a caso es el que permite determinar el ambiente más estable, sea con padre o madre, ambos con la misma responsabilidad.

Pregunta 8: ¿Qué aspectos descartan a un progenitor para otorgar la patria potestad y tenencia de los hijos menores?

Violencia en contra de miembros del grupo familiar o riesgo de sufrirlo, estilos de crianza no respetuosa o autoritaria, alcoholismo u otras adicciones, que existan secuelas de maltrato, incumplimiento de obligaciones, entre otras.

Pregunta 9: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre, ¿con qué frecuencia considera usted que los padres llegan a un acuerdo sobre la tenencia?

El primer entrevistado menciona aproximado de 6 a 7; la segunda asigna un 7 y el tercero responde 5.

Pregunta 10: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna a la madre la tenencia?

El primer entrevistado asigna una frecuencia de 9; la segunda responde 8 y el tercero 9.5.

Pregunta 11: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna al padre la tenencia?

El primero responde 1; la segunda consigna respuesta de 6 y el tercero 0.5.

Pregunta 12: Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia se presentan informes psicológicos o de trabajo social a los padres en procesos de divorcio?

El primer operador menciona que puede estimarse en un 2; la segunda responde 6 y el tercero 5.

Pregunta 13: ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores en casos de divorcio?

Solamente al existir evidencias de riesgo o de posibles alteraciones al desarrollo integral del NNA como en divorcios con manifestaciones de violencia. Allí caben peritajes incluso cuando las violencias se plasman a través del componente económico; aquí es vital contar con el ánimo voluntario de los padres.

Pregunta 14: ¿Existen casos en los cuales se prefirió al padre y no a la madre para asignársele la tenencia de NNA en procesos de divorcio?

Si los hay y hoy en día tras la decisión de la CCE será más fácil y frecuente ver ese tipo de resoluciones. No es muy común y antes de la derogatoria de la preferencia solía darse en casos de enfermedades graves de la madre, migración o por acuerdo mutuo.

### 3.3 Conclusiones

La eliminación de la preferencia materna marca un importante avance en términos de igualdad de género, paternidades responsables y justicia familiar. Anteriormente esta preferencia implícita reflejaba una visión tradicional y estereotipada de los roles de género. Asignando a la madre la responsabilidad principal del cuidado de los hijos mientras relegaba al padre a un papel secundario; esto no era solamente injusto para los padres, sino que también limitaba las opciones y derechos de los hijos. Al no considerar el bienestar y las necesidades individuales de cada niño en situaciones de divorcio.

La modificación de la ley para eliminar esta preferencia reconoce que tanto el padre como la madre tienen la capacidad y el derecho de asumir la responsabilidad de la crianza de NNA. Esta



medida refleja un enfoque más equitativo y centrado en el interés superior del niño que busca garantizar un entorno familiar estable y afectuoso, independientemente del género de los progenitores. Además, promueve la participación activa y la corresponsabilidad de ambos padres en la crianza y el cuidado de sus hijos, lo que contribuye a fortalecer los lazos familiares y a fomentar un desarrollo saludable y equilibrado para los menores involucrados. En última instancia, esta reforma legal representa un paso significativo hacia la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. Sin dejar de significar retos inmensos para una civilización que viene marcada profundamente por las visiones que pretendemos abandonar; por ello los riesgos que formaron parte del debate en la sentencia analizada.

Sobre lo decidido por parte de La Corte Constitucional que *“como guardián del confinamiento constitucional tuvo un tiempo de importante actividad, expedición de dictámenes y un activo rol durante la pandemia.”* (Chalco, 2021, 28) se dio el espacio para decidir al respecto de la sentencia 28-15-IN/21. Realizando cambios históricos y un hito por el desarrollo social al eliminar una preferencia materna con el objetivo de generar un espacio más igualitario para los progenitores. Con las evidentes dificultades que puede enfrentar el camino a que la relación familiar pueda ser más justa que antes. No es posible hacer caso omiso a posibles casos de violencia vicaria y otras circunstancias que fueron correctamente señaladas durante la tramitación de la causa.

Debemos recordar que queda pendiente el debido trabajo legislativo; en primer lugar, como punto de partida para que las nuevas reglas sean expedidas por el órgano deliberativo por antonomasia. Y segundo, en cumplimiento de un deber que nace a partir de la sentencia analizada y que, hasta el día de hoy, sigue siendo omitido. Nos permitimos proponer, con base en el análisis realizado a lo largo de este trabajo, que una correcta atención al contenido esencial del interés superior del niño será vital. La adecuación normativa no debe agotarse en suprimir los dos numerales sino en adaptar el texto normativo, la interacción y colaboración de las instituciones del Estado.

La tenencia de los hijos en casos de separación de sus padres es un asunto de gran importancia que merece una atención imparcial y un profundo análisis por parte de los operadores de justicia. Deben acudir al apoyo de otros profesionales capacitados para dar el acompañamiento psicológico y la intervención social requerida en cada caso. En este contexto, la actuación de equipos técnicos (como psicólogos y trabajadores familiares) desempeña un papel fundamental. Estos profesionales pueden evaluar las necesidades y el bienestar de los niños involucrados,

teniendo en cuenta factores sociales, emocionales y psicológicos. Para determinar cuál sería la mejor situación de custodia en beneficio de los menores.

Además, es esencial fomentar la colaboración interinstitucional entre el sistema judicial y otras entidades del Estado, universidades e institutos superiores. Esta colaboración puede enriquecer el proceso de toma de decisiones al proporcionar investigaciones actualizadas y recursos para apoyar a las familias en transición. Garantizar que la tenencia de los hijos se base en un análisis completo y en la consideración del interés superior del niño es un objetivo que debe ser abordado con la máxima seriedad y responsabilidad por parte de la sociedad en su conjunto. Igualmente, la reflexión académica sobre la tenencia de los hijos menores de 12 años en casos de divorcio debe ampliarse. Es menester estudiar la necesidad de que el Estado, a través de sus diversas entidades, establezca mecanismos sólidos para garantizar el cumplimiento del interés superior del niño en todo momento. Este compromiso va más allá de la mera resolución de disputas familiares y se convierte en una cuestión de derechos humanos y desarrollo social.

En este sentido, es fundamental que las políticas públicas respalden la protección de los derechos de los niños en situaciones de separación parental. Esto implica la promoción de alternativas a la litigación, como la mediación y la conciliación para resolver conflictos de manera menos adversarial y más centrada en el bienestar de los menores. También es requerida una supervisión constante para garantizar que las decisiones judiciales se ajusten al interés superior del niño y, en caso contrario, se puedan corregir. Al menos en los casos con riesgo o violencia manifiesta se debería proceder como regla general con un protocolo de atención especial para NNA. Un peritaje psicológico además de un acompañamiento terapéutico que determine el estado de afección que tuvo el divorcio y las acciones que lo provocaron en la vida y desarrollo del NNA.

Por último, el sistema debe plantear un nuevo paradigma: el divorcio no debe ser la imagen de un campo de guerra entre los progenitores, sino la alternativa para encontrar mejores condiciones familiares. Y, a través de la transformación de la estructura familiar, el padre y la madre de manera equitativa y responsable puedan cumplir con sus obligaciones naturales y legales para con sus hijos, a la final los esposos dejarán de ser esposos, no por eso dejarán de ser los padres de sus hijos, el ser padre y madre es un título de gran valía que debe ser cuidado por parte de los integrantes del núcleo familiar y de las políticas públicas en brindar espacios que aunque la familia mute siga siendo el pilar fundamental de la sociedad.

### Referencias

- Aguilar, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad* (32), 191-197.
- Arce, R., Fariña, F., y Seijo, D. (2005). Razonamientos judiciales en procesos de separación. *Psicothema*, 57-63.
- Chalco, J. (2021). COVID-19 y otras pandemias. ¿La realidad rebasó la juridicidad? En Storini, C., Chalco, J. & Gómez M. (Eds.), *Justicia social en época de pandemia: reflexiones desde lo andino* (15-40). Casa Editora Universidad del Azuay.
- Cillero, M. (2001). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Derechos de la niñez y la adolescencia: antología*. 31-45.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003. Obtenido de FielWeb.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). <https://goo.su/Rltzf>.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Obtenido de FielWeb.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre, 1989. <https://goo.su/Yq29o>.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969. <https://goo.su/k63dT>.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015a). Sentencia No. 064-15-SEP-CC. <https://goo.su/PPAjU>.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015b). Sentencia No. 131-15-SEP-CC. <https://goo.su/QFp6imQ>.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021a). Sentencia No. 2691-18-EP/21. <https://goo.su/2BXmg>.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021b). Sentencia No. 2120-19-JP/21. <https://goo.su/mtz4zT>.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021c). Sentencia No. 28-15-IN/21. <https://goo.su/KgQGL>.

Corte Constitucional para el Período de Transición. (2011a). Sentencia No. 021-11-SEP-CC. <https://goo.su/1lf5i>.

Corte Constitucional para el Período de Transición. (2011b). Sentencia No. 057-11-SEP-CC. <https://goo.su/Tvnb>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. <https://goo.su/W6Ni>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 (solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). <https://goo.su/jHCK2vz>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. <https://goo.su/34x3r9>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso González y otras ("Campo algodonero") vs. México*. <https://goo.su/OJ98P>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. <https://goo.su/3VcJ3>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Opinión Consultiva OC-21/14 (solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay). <https://goo.su/wz1p2W>.

Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre, 1959. <https://goo.su/oHRK5w>.

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924. <https://goo.su/5REDz>.

Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales (Resolución No. 012-2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura). (2021). Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 25 de marzo de 2021. Obtenido de FielWeb.

Herencia, S. (2021). El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado y su concreción en la jurisprudencia nacional. *Revista del Instituto de la Familia* 10, 85-104.

Lathrop, F. (2017). Cuidado personal y copaternidad: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 23 de mayo de 2017 (ROL N.º 99.861-16). *Revista de derecho Coquimbo* 24 (2), 323-336.

Ley Orgánica de Educación Intercultural. (2011). Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011. Obtenido de FielWeb.

Ley Orgánica de Movilidad Humana. (2017). Suplemento del Registro Oficial No. 938 de 6 de febrero de 2017. Obtenido de FielWeb.

Martínez, J., Rodríguez, G., Díaz, A. y Reyes M. (2017). Nociones y conceptos de parentalidad. *Escola Anna Nery* 22 (1), 1-9.

Martínez, J. (2018). *La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español*. Tesis de doctorado, Universidad de Zaragoza.

Rodríguez, S. (2011). La atribución del cuidado personal de los niños en el nuevo Derecho chileno de familia. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho* (4).

Tapia, M. (2013). Actualidad legislativa. *Revista chilena de derecho privado* (21), 477-491.

## Anexos

### Anexo A.

Entrevista:

Suquilanda Tenezaca Mateo Xavier, Tema de tesis: "Decisiones sobre patria potestad de niños, niñas y adolescentes en aplicación del CONA y la sentencia No. 28-15-IN21 de la Corte Constitucional. Preferencia a la madre y potenciales desatenciones al contenido esencial del principio del interés superior del niño". Director: Dr. Marco Antonio Machado Clavijo.

Si bien la sentencia No. 28-15-IN21 de la Corte Constitucional ha derogado los numerales segundo y cuarto del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, aún no se tiene seguridad jurídica para ejercer derecho en este tema que versa sobre derechos de niños, niñas y adolescentes. El estudiante ha desarrollado estas preguntas tentativas para realizar una entrevista a tres juzgadores de unidades especializadas en familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Cuenca:

1. Como juzgador de la unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿cuál sería su definición de interés superior del niño?
2. ¿Cuáles son los parámetros que determinan que un niño está en "condiciones de expresar su opinión"?
3. En los casos de divorcio en los que existan hijos menores de 12 años, ¿cómo se atiende al interés superior del niño?
4. ¿Cómo aplica el juez el derecho en vista de la retardada adecuación normativa del artículo 106.4 del CNA sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad?
5. ¿Qué criterios son relevantes a considerar para otorgarle el derecho de tenencia de los hijos a un progenitor?
6. En términos procesales ¿cómo se puede comprobar que uno de los progenitores podría perjudicar los derechos de NNA al asignársele la tenencia de este?
7. ¿Qué debería ser un padre para ser el candidato idóneo para asignarle la tenencia de sus hijos menores de edad?

8. ¿Qué aspectos descartan a un progenitor para otorgarle la tenencia de los hijos menores?
9. Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre, ¿con qué frecuencia considera usted que los padres llegan a un acuerdo sobre la tenencia?
10. Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna a la madre la tenencia?
11. Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia considera usted que se le asigna al padre la tenencia?
12. Del 0 al 10, donde 0 es nunca y 10 es siempre ¿con qué frecuencia se presentan informes psicológicos o de trabajo social a los padres en procesos de divorcio?
13. ¿Considera usted necesaria la existencia de peritajes psicológicos a los progenitores en casos de divorcio?
14. ¿Existen casos en los cuales se prefirió al padre y no a la madre para asignársele la tenencia de NNA en procesos de divorcio?