

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

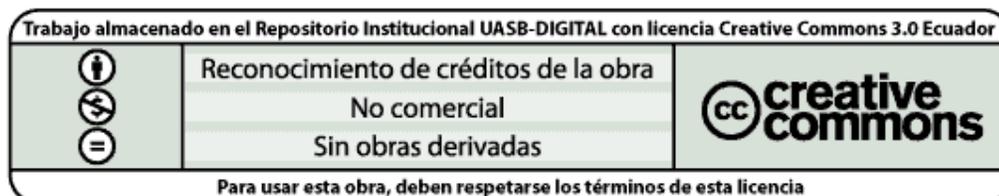
Programa de Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa**

Autor: Salim Marcelo Zaidán Albuja

Tutora: Claudia Storini

**Quito, 2016**



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Salim Marcelo Zaidán Albuja, autor de la tesis intitulada "El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa", mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 13 de junio de 2016.

---

Firma

## RESUMEN

La preasignación de roles para madres y padres aún es muy marcada. En el Derecho legislado de Familia se reproducen muchos estereotipos y prejuicios. Al padre se lo asocia con la responsabilidad de manutención y a la madre con la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos. La práctica judicial en el Ecuador reafirma los prejuicios, acentúa el desequilibrio en la distribución de responsabilidades parentales.

El alcance de esta investigación se enfoca en el análisis de la regulación en Derecho nacional, comparado e internacional sobre dos instituciones del Derecho de la niñez: la custodia y el régimen de visitas de los hijos. El alcance de la investigación también pretendía evaluar la actividad interpretativa y aplicativa respecto a esa regulación, sin embargo no fue posible el acceso a expedientes judiciales en esta materia. Las limitaciones surgieron cuando el requerimiento de acceso a resoluciones judiciales de tenencia y visitas fue negado por la Dirección de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura.

Ante esta dificultad, la principal fuente de información en que se apoya esta investigación es la normativa nacional, internacional y comparada y la jurisprudencia comparada.

Nuestra legislación y práctica judicial no guardan armonía con la Constitución de la República. Es necesario cambiar la normativa, pero complementar estos cambios con políticas públicas a nivel familiar, social y laboral para que el régimen de custodia compartida de un hijo sea la primera opción cuando se registra una separación o divorcio de sus padres y sea de beneficio para todos los actores, hijo, madre y padre. Para hacerlo, los referentes de Derecho comparado, en el ámbito legislativo y judicial pueden ser insumos importantes.

Cuidado; crianza; corresponsabilidad parental; custodia compartida.

## **DEDICATORIA**

A Isabella, mi hija amada, mi razón, mi vida, por tus derechos, por tu derecho de cuidado, por tu felicidad, por la custodia compartida que mereces no solo para cubrir tus necesidades materiales, sino las afectivas, día a día.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Claudia Storini, destacada docente, por su sensibilidad con el tema objeto de esta investigación, por su valioso aporte para darle una adecuada estructura, por su enorme calidad humana.

A mi madre, por ser el mejor referente de crianza, el que trato de seguir para criar a mi hija y el que busco incentivar en los padres por el bienestar de sus hijos.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO .....</b>	<b>10</b>
1.1. El interés superior del niño, tipos de familia, igualdad de género y corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos.- .....	10
1.1.1. Interés superior del niño.- .....	10
1.1.2. Concepto de familia y sus tipologías.....	15
1.1.3. Igualdad de género, coparentalidad y ejercicio compartido de función parental de crianza y cuidados de los hijos.....	17
1.2. Prevalencia de derechos de los niños y el derecho de cuidado.- .....	30
1.2.1. Prevalencia de derechos de niños, sus derechos especiales: .....	30
1.2.2. Derecho de cuidado de los hijos: vaguedad del reconocimiento constitucional, ausencia de interpretación jurisprudencial, preasignación de roles para determinación de sujetos obligados, perspectivas de configuración y revalorización.- .....	31
<b>CAPÍTULO SEGUNDO.....</b>	<b>33</b>
2.1. Disposiciones de las Constituciones de otros Estados, orientadoras del Derecho de Familia. ....	33
2.2. La evolución legislativa del derecho de cuidado en el Derecho Comparado de la niñez.- .....	34
2.3. El derecho de cuidado de los hijos, visitas y la custodia compartida en la jurisprudencia comparada.-.....	41
<b>CAPÍTULO TERCERO.....</b>	<b>46</b>
3.1. Marco constitucional sobre paternidad y maternidad.- .....	46
3.2. Reglas sobre régimen de tenencia y visitas en el vigente Código de la Niñez del Ecuador.....	47
3.3. Capacitación a los jueces de niñez que ingresaron en el año 2012.-.....	53
3.4. Práctica judicial sobre regímenes de tenencia y visitas: estereotipos y prejuicios de la legislación, reafirmados y extendidos en la jurisdicción.- .....	55
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>64</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>67</b>

## INTRODUCCIÓN

¿Existe igualdad en la distribución de responsabilidades parentales para el cuidado de los hijos? ¿Las disposiciones legales que rigen los regímenes de visitas y tenencia guardan correspondencia con el principio constitucional de la corresponsabilidad parental? ¿Los problemas que se registran se ubican en la configuración o en la interpretación y aplicación de estas reglas? ¿Los problemas se concentran en la actividad legislativa o en la práctica judicial? Son algunas de las interrogantes que surgen al estudiar el derecho de cuidado enunciado en la Constitución y que pretende asegurar el Código de la Niñez a través de los regímenes de tenencia y visitas. De estas interrogantes surge una pregunta central ¿es necesario configurar en la Constitución de la República el derecho de cuidado de los hijos y reformar la legislación de la niñez para alcanzar un desarrollo legislativo acorde con la corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos?

El Estado reconoce y garantiza el cuidado desde la concepción. Los niños tienen derecho a disfrutar de la convivencia familiar. Estos son algunos de los enunciados que aluden al derecho de cuidado de los hijos, en el artículo 45 de la Constitución de la República. Desde la perspectiva de los derechos, el derecho de cuidado al menos está enunciado, aunque su contenido y alcance no está establecido.

El artículo 69 (1) de la Constitución promueve la maternidad y paternidad responsables y contiene un mandato para la madre y el padre: estarán obligados al cuidado, crianza, educación, desarrollo y protección de los derechos de sus hijos. El artículo 83 (16) de la Constitución recalca en una corresponsabilidad de madre y padre, en igual proporción. Desde la perspectiva de los deberes, la corresponsabilidad no solo está enunciada, sino que su alcance está especificado.

El Código de la Niñez y la Adolescencia parte por reafirmar principios y derechos establecidos en la Constitución, pero más adelante establece reglas que sobrecargan a la madre con las responsabilidades de cuidado y crianza de sus hijos y sobrecargan al padre con la responsabilidad de manutención.

De vigencia reciente, pues data del 2003, el Código de la Niñez nació viejo, pues reproduce la preasignación de roles en el ámbito familiar constante en el Derecho Civil y normalizado en la sociedad. El Código, anunciado como el mecanismo de

superación de la doctrina de la situación irregular y emergencia de la doctrina de la protección integral, en el catálogo de reglas sobre "tenencia" y "visitas", presenta un esquema cargado de inconstitucionalidad, desequilibrio y desigualdad.

Reglas de preferencia a favor de la madre para el otorgamiento de la "tenencia" y un régimen de "visitas" al otro progenitor son solo dos de las disposiciones inconstitucionales que se apartan de esa corresponsabilidad parental, reconocida a nivel constitucional. Lo grave es que la actividad de los jueces en la justicia especializada y en la Corte Constitucional no se aparta de la interpretación literal de estos postulados inconstitucionales.

La alternativa al inconstitucional desarrollo legislativo: la incorporación de la custodia compartida como primera opción, no solo en caso de acuerdo y comunicación fluida entre los padres, sino como primera opción para el juez al momento de resolver cuando el no custodio lo solicita. Solo a través de un régimen de custodia compartida se pueden distribuir equitativamente las responsabilidades parentales y se puede hacer efectivo el derecho de cuidado de los hijos. Un interesante referente de la evolución de la custodia compartida lo tenemos en España, desde su otorgamiento exclusivamente en casos de acuerdos entre progenitores hasta el vigente régimen que admite la solicitud al juez, que procede a evaluar la procedencia sin necesidad de acuerdo entre progenitores, previo al otorgamiento.

Esta tesis inicia con conceptualizaciones relevantes, pasa revista al contenido y alcance de disposiciones de Derecho comparado que contemplan la figura de la custodia compartida y su aplicación en la justicia para finalmente visibilizar la incompatibilidad normativa entre la Constitución y el Código de la Niñez e identificar la necesidad de reformas que incluyan la incorporación del régimen de custodia compartida en la legislación ecuatoriana y así hacer efectivos los principios y derechos de la Constitución de 2008 y del propio Código de la Niñez de 2003.

Esta investigación se basa en un estudio cualitativo, pues enfatiza en el análisis normativo y jurisprudencial e indaga el significado de ciertos conceptos nucleares que permiten comprender los fundamentos del derecho de cuidado y la necesidad de adecuar nuestro Código a principios constitucionales que podrían viabilizar su vigencia.

La perspectiva teórica empleada para el desarrollo de esta tesis se nutre del análisis crítico del Derecho nacional y comparado y parte de un análisis con enfoque de género, pues contiene cuestionamientos a aquellas disposiciones de la legislación configuradas en base a estereotipos de género. Además tiene como eje transversal el interés superior del niño, con un contenido más delimitado, en el marco de la doctrina de la protección integral.

Para el análisis del Derecho comparado se han seleccionado algunos países que han incorporado a su legislación la custodia compartida, institución que permite hacer efectiva la corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos.

Para complementar el análisis crítico del Derecho ecuatoriano en materia de visitas y tenencia de los hijos, se planteó la revisión de resoluciones judiciales, a las que no fue posible acceder en un número significativo, que permita tomar una muestra representativa de la actuación judicial, sin embargo se citan y analizan algunas resoluciones que permiten el estudio de la problemática de la escasa eficacia práctica del principio de la corresponsabilidad parental y del derecho de cuidado de los hijos garantizado por ambos progenitores.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Conceptos nucleares que deberían orientar la actividad legislativa y judicial en materia de niñez**

#### **1.1. El interés superior del niño, tipos de familia, igualdad de género y corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos.-**

##### **1.1.1. Interés superior del niño.-**

La Organización de Naciones Unidas, al aprobar en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporó en su artículo 3, el interés superior del niño, como principio rector orientador del desarrollo normativo, de la formulación de políticas públicas, de la práctica judicial y, en general, de las actuaciones de los ciudadanos.

Miguel Cillero considera que:

la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).<sup>1</sup>

Cillero agrega con acierto que "En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia."<sup>2</sup>

Hay quienes sostienen que su forma de consagración evita una interpretación y aplicación uniforme. Otros muestran su preocupación por esa manera vaga, indeterminada e imprecisa en que se lo formula y por el amplio margen de discrecionalidad otorgado a las autoridades, sobre todo judiciales, para resolver conflictos en materia de niñez.

Sin dejar de observar la estructura característica de las disposiciones constitucionales de reconocimiento de derechos, generalmente principios de textura

---

<sup>1</sup> Miguel Cillero Bruñol, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 7, disponible en: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf).

<sup>2</sup> Ibid.

abierta, es importante dotar al principio del interés superior del niño de parámetros más objetivos como los estableció Argentina y España.

La normativa y la jurisprudencia han desarrollado criterios para una razonable interpretación y aplicación del principio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha interpretado como un principio que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>3</sup> y que su prevalencia “debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”<sup>4</sup>

La Corte Interamericana ha desarrollado incluso estándares más precisos para la aplicación del principio, con ocasión de una sentencia en un caso en que la causa de reversión de la custodia a una madre fue su orientación sexual. En esta oportunidad, el Tribunal Interamericano señaló que:

Al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.<sup>5</sup>

El Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 14, ha establecido siete elementos que deben tenerse en cuenta, buscando un equilibrio entre los elementos, al evaluar el interés superior del niño:

1. La opinión del niño.
2. La identidad del niño.
3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 134.

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 408.

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 110.

4. Cuidado, protección y seguridad del niño.
5. Situación de vulnerabilidad.
6. El derecho del niño a la salud.
7. El derecho del niño a la educación.<sup>6</sup>

Este Comité sostiene que el interés superior del niño es un concepto triple bajo las siguientes consideraciones:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general [...].
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados [...]. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.<sup>7</sup>

En cuanto al Derecho comparado, un esfuerzo importante por dar contenido al principio del interés superior del niño lo encontramos en Argentina, España y Bolivia.

Argentina, en el artículo 3 de la Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes<sup>8</sup>, define al interés superior de la niña, niño y adolescente como la "máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" y lo hace reafirmando su condición de sujeto de derecho. El artículo 3 letra f) adopta como criterio orientador para la aplicación del principio del interés superior lo que se denomina como el centro de vida concebido como "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la

---

<sup>6</sup> Organización de las Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 53 al 79.

<sup>7</sup> Ibid, párr. 6.

<sup>8</sup> Argentina, Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada 21 de octubre de 2005.

mayor parte de su existencia." Su relevancia radica en que este concepto es una pauta para decidir en torno a la patria potestad.

España, en el artículo 2 (2) de la Ley No. 8/2015, de 22 de julio de 2015, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorpora una técnica de valoración del "interés superior del menor" a efectos de considerarla en informes técnicos y resoluciones:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor.

El planteamiento legislativo en España resulta interesante porque resalta la necesidad de que la crianza se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, lo que no necesariamente puede relacionarse con la crianza en familia nuclear tradicional, que muchas veces puede estar conflictuada, sino en hogares monoparentales, en hogares de padres separados, que procuran una comunicación armónica y fluida por el bienestar de sus hijos.

Al interés superior del niño, el artículo 12 letra a) del reciente Código del Niño de Bolivia<sup>9</sup> lo define considerando cinco parámetros:

"toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas."

En el Derecho ecuatoriano, a pesar de ser recurrente la invocación de este principio al resolver las causas de niñez, veo con preocupación que la vaguedad de su reconocimiento, ha otorgado a los jueces un amplio y preocupante margen de apreciación para darle contenido.

Un esfuerzo por establecer parámetros para su interpretación y aplicación se registra en la Corte Constitucional.<sup>10</sup> Lo preocupante fue que invocó este criterio

---

<sup>9</sup> Bolivia, Código de la niña, niño y adolescente, Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley No. 548, de 17 de julio de 2014.

doctrinario poco vigente, con una perspectiva adultocéntrica y que avala un tratamiento diferenciado entre progenitores sin justificación objetiva y razonable, que resulta contradictoria con dos sentencias posteriores de la propia Corte Constitucional que cito más adelante:

A continuación se detallan algunos criterios que las juezas y jueces de la niñez y adolescencia deben tomar en consideración a la hora de decir a cuál de los padres encargan la tenencia:

- "La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.
- El interés superior del niño o niña: El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
- La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del /la niño/a.
- La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los/las niños/as.<sup>11</sup>

El rol de "dador de cuidados" de un solo progenitor, lejos de propender a la equitativa distribución de responsabilidades de crianza, reafirma el estereotipo de que existe un progenitor responsable del cuidado y otro de la manutención. Si en un caso particular, efectivamente se constata que uno de los padres dispone de mayor tiempo y tiene la voluntad para asumir mayores responsabilidades en las tareas de cuidado de su hijo, es una consideración que debe ser constatada por el equipo técnico, en cuyos informes el juez puede sustentar su decisión de concesión de la custodia. Lo razonable es evaluar el interés superior del niño en cada caso y no como una categoría dogmática:

Asumir que el interés del niño es la garantía y satisfacción de sus derechos, implicaría que se aplica como una categoría dogmática, por tanto libera al encargado de su aplicación de justificar esta perspectiva en cada caso, no obstante no puede perderse de vista que siendo coherente esta interpretación, es una interpretación de la doctrina y no puede ser considerada como un criterio universalizable, además se enfrenta a la dificultad de que muchos derechos también son indeterminados, por tanto queda librado al encargado de la aplicación en qué forma se podría satisfacer el derecho.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 021-11-SEP-CC, caso No. 0317-09-EP, de 1 de septiembre del 2011, 11 y 12.

<sup>11</sup> Marcela Huaita Alegre, "Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña", en Género y Derecho. (Santiago de Chile, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, LOM Ediciones, 1999), 549.

<sup>12</sup> Farith Simon Campaña, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2014), 293.

### **1.1.2. Concepto de familia y sus tipologías**

Existen sectores que identifican a la familia exclusivamente con el parentesco, con los vínculos de afinidad y de consanguinidad, con el modelo de la familia nuclear (madre y padre e hijos), sin embargo la separación o divorcio por problemas de pareja o períodos prolongados en el exterior de uno de los progenitores, han forzado la ruptura de estructuras familiares tradicionales, nos obliga a cambiar los patrones de pensamiento y nos invita a reconocer otros tipos de familia como la ampliada (incluye a abuelos, tíos, primos) y la monoparental (solo madre o padre y los hijos).

El artículo 67 de la Constitución de la República es muy claro: "reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes."

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia.<sup>13</sup>

La Corte Interamericana constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.<sup>14</sup>

La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe

---

<sup>13</sup> CIDH, Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia, cuidado alternativo, poniendo fin a la institucionalización en las Américas, 17 octubre 2013, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 142.

conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención.<sup>15</sup>

Más allá de las concepciones culturales en los diversos tipos de sociedades, los nuevos tipos de familia, imponen la necesidad de comprender nuevas dinámicas de relacionamiento entre los hijos y sus padres, en el marco de familias monoparentales, lo cual exige cambios normativos y reformulación de políticas públicas no solo en el campo especializado de la niñez, sino en el ámbito laboral. Ximena Valdés en una reunión en Chile para abordar esta problemática considera "importante enfrentar el problema de la parentalidad y avanzar más allá de la enunciación de las responsabilidades familiares compartidas, de las nuevas imágenes paternas que ofrecen los medios, en el problema de la sobre-responsabilización femenina en la crianza y el cuidado infantil. Algunas medidas podrían visualizarse para enfrentar el problema del desequilibrio de responsabilidades frente a los hijos y la baja participación laboral femenina."<sup>16</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al conocer y resolver un caso en que la orientación sexual de la madre determinó la reversión de la custodia a favor del padre, abordó temas como la discriminación, los diversos tipos de familia y la crianza de los hijos y dijo: "en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos."<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994) , La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13.

<sup>16</sup> Ximena Valdés, "Notas sobre la metamorfosis de la familia en Chile", 12, en *Memorias de la Reunión de Especialistas Futuro de las familias y desafíos para las políticas públicas* (Santiago, CEPAL, 2007). Disponible en: <http://chitita.uta.cl/cursos/2011-1/0000439/recursos/r-15.pdf>.

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 120.

Sobre la temática abordada en esta sección, Tatiana Ordeñana, jueza de la Corte Constitucional, al formular su voto concurrente al resolver una demanda de acción extraordinaria de protección en que el Pleno de la Corte Constitucional dejó sin efectos jurídicos una sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y declaró la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación en cuanto al derecho constitucional a la igualdad por la inobservancia del deber de protección y asistencia especial hacia niños y niñas cuando su progenitor se encontraba privado de la libertad, invocó el Acta No. 86 de la Asamblea Nacional Constituyente, y la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Humanos:

la familia es un “concepto amplio” que tiene que ser interpretado a la luz de la evolución y de las diversas formas familiares existentes, de allí que el constituyente ecuatoriano reconoció la amplitud de la institución familiar, considerando que la misma forma parte de la intimidad y libre desarrollo de la personalidad.<sup>18</sup>

La jueza de la Corte Constitucional adoptó una clara posición de identificación del concepto de familia como un concepto dinámico que no debe estancarse, sino evolucionar y que merece relevancia constitucional porque la protección se desarrolla desde la esfera de la intimidad.

El reconocimiento de los diversos tipos de familia, ya efectuado en nuestra Constitución, tiene directa conexión con la necesidad de facilitar espacios de convivencia y de relacionamiento constante y regular del hijo con ambos progenitores pues “el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida familiar.”<sup>19</sup>

En el plano fáctico, los datos sobre los tipos de familia levantados por el INEC son insuficientes, sin embargo existen datos relevantes que pueden ser considerados para esta investigación. Resulta llamativo apreciar el marcado estereotipo incluso para levantar estadísticas e información relacionada con la familia. Persiste, por ejemplo, la denominación de "jefes y jefas de hogar" denotando la sobrecarga de manutención y el ejercicio de autoridad en uno de los dos progenitores. De acuerdo al censo de 2010, el INEC tabuló las siguientes cifras: la media 76,2% son jefes de hogar (73,6% en el

---

<sup>18</sup> Voto concurrente de la jueza Tatiana Ordeñana Sierra a la sentencia de la Corte Constitucional en la causa No. 0342-11-EP, p. 30.

<sup>19</sup> Corte IDH, *caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 47.

sector urbano y 81,6% en el sector rural) frente a la media 23,8% que son jefas de hogar (26,4% en el sector urbano y 18,4% en el sector rural).<sup>20</sup> Estas cifras confirman que en la realidad de la familia en el Ecuador está aún presente la figura del padre proveedor, cuando la responsabilidad de manutención de los hijos debe ser distribuida, en igual proporción, entre padres y madres, en todo tipo de familia, sean nucleares, monoparentales o diversas. Es importante formular políticas públicas orientadas a promover la corresponsabilidad parental que acompañen a los cambios normativos para cambiar esta realidad.

### **1.1.3. Igualdad de género, coparentalidad y ejercicio compartido de función parental de crianza y cuidados de los hijos.-**

Antes de situar la problemática de la discriminación en el ámbito del Derecho objeto de este estudio, es importante partir por la descripción que ha hecho la Corte Corte Interamericana sobre la noción de igualdad y la prohibición correlativa de discriminación:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.<sup>21</sup>

En temas de niñez, aunque el óptimo enfoque requiere una perspectiva que abandone lo adultocéntrico, no podemos dejar de reconocer que la problemática y las eventuales afectaciones, son al niño y a sus padres, quienes en la ley y en ciertas resoluciones judiciales son víctimas de tratos diferenciados injustificados.

En el esquema familiar tradicional se plantea, generalmente, una responsabilidad compartida en el cuidado de los hijos, sin embargo la ruptura de pareja replantea ese esquema y presenta a dos progenitores con una marcada preasignación de roles:

En la familia intacta ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando los padres se separan, uno es el tenedor de los hijos y tiene una familia incompleta y es doblemente responsable, y el otro, visitante, sin familia, se convierte en un extraño pagador. El régimen de

---

<sup>20</sup> INEC-Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares Urbanos y Rurales, 2011-2012, Indicadores de jefatura de hogar por área geográfica, según sexo.

<sup>21</sup> Ibid, párr. 79.

visitas desestabiliza la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianeidad.<sup>22</sup>

Lamentablemente no se reconoce que en un escenario de separación o divorcio, el otorgamiento de la custodia a favor de uno de los padres "no implica el cese para el otro del derecho-deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos."<sup>23</sup>

No obstante, este ideal de vigilancia y comunicación planteado es difícil de alcanzar entre progenitores. Si existe un ámbito del Derecho que reproduce, con frecuencia, estereotipos y prejuicios es el Derecho de Familia. La preasignación de roles en la familia aún es marcada. Al padre se lo asocia con la responsabilidad de manutención y a la madre con la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos. El marco normativo y el habitual régimen de visitas que fijan los jueces en el Ecuador están orientados por prejuicios y estereotipos.

Bobbio al prejuicio lo define en estos términos:

Nosotros normalmente llamamos «prejuicio» a una opinión o a un conjunto de opiniones, a veces también a una doctrina, que es aceptada acríticamente y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo: «acríticamente» y «pasivamente», en cuanto que la aceptamos sin verificarla, por inercia, por respeto o por temor, y la aceptamos con tanta fuerza que resiste a toda refutación racional, es decir, a toda refutación que se haga recurriendo a argumentos racionales.<sup>24</sup>

Al estudiar el fenómeno del prejuicio, expertos explican que "el prejuicio está tan enraizado en la personalidad de los sujetos que su eliminación ha de acometerse de modo progresivo e indirecto" pues "las personas con prejuicio, pese a su mayor sintonía con los valores predominantes en la sociedad, se encuentran en una situación más

---

<sup>22</sup> Myriam M. Cataldi, La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia, p. 1, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-noci%C3%B3n-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-Myriam-M.-Cataldi.pdf>.

<sup>23</sup> Angelina Ferreyra De De la Rúa, "Aspectos Procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas", en *Revista de Derecho Procesal*. (Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzon, 2002), 126.

<sup>24</sup> Norberto Bobbio, La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes, en: Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Ed), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. (Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 184.

insatisfactoria. Las personas tolerantes tienen un mayor bienestar interior."<sup>25</sup> El problema del prejuicio en temas de familia reafirma la preasignación de roles de padre y madre y en caso de ruptura de divorcio o separación propicia desequilibrio en la distribución de responsabilidades con respecto a los hijos y puede incidir negativamente en la crianza de los hijos llegando incluso a la alienación parental.

Para lograr la eliminación del prejuicio, el artículo 5 letra a) de la Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres."<sup>26</sup>

La definición del prejuicio, su explicación psicológica y el reconocimiento de la problemática en instrumentos internacionales, nos conduce al análisis de los estereotipos que originan prejuicios contra los padres. La opinión de que el padre no es apto para asumir labores de cuidado y crianza de los hijos ha sido aceptada acrítica y pasivamente por buena parte de la sociedad y esto se ha reflejado en la configuración y aplicación de las reglas. De ahí que el régimen de visitas fijado por los jueces consista, con preocupante frecuencia, en visitas de los padres a sus hijos el fin de semana.

El estudio de los comportamientos segregados según el género ha sido abordado por Catalina Wainerman desde cuatro perspectivas teóricas: la ideología de género, la teoría de los recursos, la disponibilidad de tiempo y el curso de vida. La que nos interesa analizar para efectos de esta investigación es la ideología de género que ha sido descrita por Wainerman como el "conjunto de valores internalizados y de ideales de género que moldean las motivaciones de las personas y, por su intermedio, sus conductas

---

<sup>25</sup> José Ignacio Cano Gestoso, Los estereotipos sociales: el proceso de perpetuación a través de la memoria selectiva (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Sociología, Departamento de Psicología Social, 1993), 70 y 73.

<sup>26</sup> Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer, publicada en el Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005.

llevándolas a realizar aquellas tareas que consideran adecuadas socialmente para su género y a rechazar las que consideran adecuadas para el otro género."<sup>27</sup>

En las creencias y actuaciones de buena parte de la sociedad también es posible constatar varios estereotipos de género. Rebecca Cook y Simone Cusack describen al concepto de "estereotipar" como el "proceso de atribuirle a un individuo características o roles únicamente en razón a su pertenencia a un grupo particular" y al buscar explicación del por qué las personas estereotipan responden que "Estereotipamos para saber a qué personas nos enfrentamos y para poder anticipar el comportamiento de personas que no conocemos (...) estereotipamos para calumniar o subyugar a las personas y otras veces para protegerlas o justificar nuestra deferencia hacia ellas (...) También estereotipamos para asignar diferencias o etiquetar a las personas con fines benignos o protectores."<sup>28</sup>

Sobre los estereotipos de género, la Corte Interamericana ha dicho que suponen una "preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente."<sup>29</sup> Por su parte, Rebecca Cook y Simone Cusack los caracterizan como "la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales."<sup>30</sup>

Y estos estereotipos no solo están presentes en la sociedad, sino que son parte de la formulación de ciertos estudios sobre estas creencias y comportamientos sociales. Una investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina y una oficial de Asuntos Sociales de la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) relatan que "tradicionalmente en América Latina y el Caribe los cuidados se proveen en los hogares y los brinda casi siempre la madre, aunque en ocasiones cuente con la colaboración del padre u otro miembro de la familia o de la comunidad, o adquiera alguna forma de

---

<sup>27</sup> Catalina Wainerman, "Padres y maridos: Los varones en la familia", ponencia presentada en el Seminario *Men, Family Formation, and Reproduction*, organizado por el Comité de Género y Población de la International Union for the Scientific Study of the Population (IUSSP) que tuvo lugar en Buenos Aires en mayo 13-15, 1998, p. 5, disponible en: <http://www.catalinawainerman.com.ar/pdf/Padres-y-maridos-Los-varones-en-la-familia.pdf>.

<sup>28</sup> Rebecca J. Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. (University of Pennsylvania Press, 2009), 15, 16 y 20.

<sup>29</sup> Corte IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 401.

<sup>30</sup> Rebecca J. Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. (University of Pennsylvania Press, 2009), 23.

provisión pública o de mercado."<sup>31</sup> De la cita se desprende una identificación de la madre con los cuidados y ubica al padre como "el colaborador."

La figura de los estereotipos de roles sexuales desarrollada por Cook y Cusack nos permite comprender la creencia extendida y el comportamiento normalizado respecto al rol madre/cuidadora y el de padre/proveedor. Ellas con acierto señalan: "Los estereotipos sobre los roles sexuales comunes concernientes a los papeles apropiados de hombres y mujeres, son las nociones generalizadas según las cuales los hombres deben ser los proveedores primarios de sus familias y las mujeres, madres y amas de casa."<sup>32</sup>

Nuestro Derecho de Familia, a pesar de tener como principio constitucional orientador la distribución, en igual proporción, de las responsabilidades que tenemos los padres con nuestros hijos, adolece de graves falencias, ya no tanto en la configuración de principios y derechos, sino en el establecimiento de reglas con marcados prejuicios y estereotipos, que propician desigualdad, en ocasiones, en detrimento del bienestar de los niños. La preferencia materna en la custodia, por ejemplo, se lo podría catalogar como un "estereotipo de protección", bajo la clasificación propuesta por Rebecca Cook y Simone Cusack.

Es evidente que estamos frente a un estereotipo cuando revisamos la disposición del Código de la Niñez del Ecuador que establece la preferencia de la custodia de los hijos a favor de la madre, al asumir que los hijos siempre estarán mejor con su madre.

Para refutar esta disposición legal basta con someterla a un control de convencionalidad y observar el criterio de la Corte Interamericana respecto a una concepción de la paternidad y la maternidad basada en prejuicios y estereotipos, que refiere una afectación que rebasa a los padres y puede alcanzar al interés superior de su hijo: "una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo

---

<sup>31</sup> Laura Pautassi y María Nieves Rico, Licencias para el cuidado infantil. Derecho de hijos, padres y madres en: UNICEF, *Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (UNICEF, 2011), 4. Disponible en: [http://www.unicef.org/lac/desafios12\\_cepal-unicef.pdf](http://www.unicef.org/lac/desafios12_cepal-unicef.pdf).

<sup>32</sup> Rebecca J. Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. (University of Pennsylvania Press, 2009), 33.

del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño."<sup>33</sup>

Lo que se ha presentado como una medida favorable para el niño y la madre, en realidad podría crear situaciones discriminatorias en perjuicio de la mujer. De ahí la preocupación de los foros internacionales que luchan contra la discriminación a la mujer.

El antepenúltimo párrafo del preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es claro al reconocer "la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto."

En el mismo sentido, el artículo 5 letra b) de la Convención obliga a los Estados a tomar medidas apropiadas para "Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos."

El artículo 16 letra f) de la Convención enumera algunas medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra reafirmar "los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos" agregando que "en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial."

La realidad en el Ecuador es muy similar a la de otros países de América del Sur. Catalina Wainerman, a partir de encuestas, realizó una investigación sobre los roles de mujeres y varones en la familia en Argentina y estos fueron los resultados:

Para la mayoría de las mujeres y de los varones el rol del esposo en la familia apareció íntimamente ligado al de agente productor y proveedor económico, en primer lugar, y a quien da seguridad y brinda protección y contención a la familia. En el discurso de las y los entrevistados el término "económico" fue utilizado cuatro veces más frecuentemente en relación con el esposo que con la esposa. Una porción significativa de otras respuestas,

---

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 111.

más frecuentes entre ellas que entre ellos, subraya la necesidad de que los esposos compartan responsabilidad con sus esposas. La referencia predominante son los hijos, pero mientras los varones entienden por responsabilidades de los padres su educación, las mujeres entienden, además, compartir sus cuidados cotidianos.<sup>34</sup>

Cristián Lepín con acierto describe la consecuencia de sobrecargar la responsabilidad de crianza a un progenitor y la responsabilidad de manutención al otro. Pero a pesar de que "la ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento al término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación"<sup>35</sup> se ha normalizado la preasignación de roles y no solo está presente en la legislación sino que se ha extendido a la práctica judicial.

Sobre la experiencia chilena, María Sara Rodríguez explica:

En el ámbito judicial, cuando se producen litigios entre progenitores, la regla de autonomía de la voluntad (que favorece los acuerdos entre los padres) o la regla supletoria legal de preferencia materna ceden frente al principio del *interés superior del niño*. El principio del interés superior del niño, como criterio de adjudicación, tiende a ofrecer mayor espacio de discreción al juzgador para atribuir la tuición al otro de los padres. Pero la intervención judicial exige que las partes produzcan prueba tendiente a integrar un supuesto de hecho: "maltrato, descuido u otra causa calificada" (artículo 225 inciso 3º) que justifique un cambio en el cuidado personal del niño. Este trabajo defiende la hipótesis de que el "maltrato, descuido u otra causa calificada" es un supuesto de hecho indeterminado, que el juzgador debe integrar según las reglas de la sana crítica con los medios de prueba producidos legalmente en juicio; y el que el "interés del niño" es criterio indeterminado de adjudicación, que el juez debe también integrar con motivos o razones de experiencia, juicios de valor y argumentos que justifiquen la decisión en función de la finalidad del principio.<sup>36</sup>

Inclusive, ante la sobrecarga a la madre de labores de crianza de los hijos, instancias internacionales de protección a la mujer han abordado la problemática de la niñez y han constatado que:

"según se dispone en el inciso b) del artículo 5, la mayoría de los países reconocen que los progenitores comparten sus obligaciones respecto del cuidado, la protección y el

---

<sup>34</sup> Catalina Wainerman, *División del trabajo en familias de dos proveedores, relato desde ambos géneros y dos generaciones*, ponencia presentada en el congreso de la Latin American Studies Association. (Chicago, Latin American Studies Association, 1998), 161, disponible en: <http://www.catalinawainerman.com.ar/pdf/La-division-del-trabajo-en-familias-de-dobles-proveedores.pdf>

<sup>35</sup> Cristián Lepín Molina, "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, No. 2. (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), 542. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23729624>.

<sup>36</sup> María Sara Rodríguez Pinto, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009), 547, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n3/art05.pdf>.

mantenimiento de los hijos. El principio de que "los intereses de los hijos serán la consideración primordial" se ha incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo) y parece tener aceptación universal. En la práctica, sin embargo, algunos países no respetan el principio de igualdad de los padres de familia, especialmente cuando no están casados. Sus hijos no siempre gozan de la misma condición jurídica que los nacidos dentro del matrimonio y, cuando las madres están divorciadas o viven separadas, muchas veces los padres no comparten las obligaciones del cuidado, la protección y el mantenimiento de sus hijos. [...] Los derechos y las obligaciones compartidos enunciados en la Convención deben poder imponerse conforme a la ley y, cuando proceda, mediante las instituciones de la tutela, la curatela, la custodia y la adopción. Los Estados Partes deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad."<sup>37</sup>

En el Ecuador hay menos mujeres que hombres dentro de la población económicamente activa (es evidente que los indicadores no toman en consideración la economía de cuidado o el trabajo doméstico no remunerado). A partir del censo de 2010, el INEC estableció de un total de 7'177.683 de hombres, 3'850.417 constituye población económicamente activa. Mientras que del universo de mujeres (7'305.816) tan solo 2'242.756 se encuentran económicamente activas<sup>38</sup>. Por las causas que fueren (falta de oportunidades, discriminación, falta de voluntad por el esquema de un solo proveedor responsable de manutención) las cifras son claras: existen más hombres que mujeres en la población económicamente activa, lo que invita a un replanteamiento de las responsabilidades de padres y madres, para que puedan asumir, en igual proporción, deberes de crianza y manutención.

Durante un período de crecimiento de los hijos (lo que la Corte Constitucional para el período de transición identificó como la primera infancia) esta cifra se explica por la mayor duración que tiene una licencia de maternidad en relación a la licencia por paternidad, sin embargo reafirma una realidad que debe cambiar: las madres aún tienen limitada su capacidad de reinserción en el ámbito laboral y se ha normalizado la idea de que es la primera responsable de los cuidados de los hijos, mientras que los padres asumen principalmente la responsabilidad de manutención.

En la lógica de la coparentalidad, no importa si los padres conviven o se encuentran separados o divorciados, lo que interesa es el involucramiento de ambos

---

<sup>37</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994) La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 19 y 20.

<sup>38</sup> INEC, Resultados del censo de población y vivienda en el Ecuador, 2010.

padres en la crianza y la responsabilidad en igual proporción en manutención, la claridad en la distribución de responsabilidades, que vaya más allá de la mera titularidad de la patria potestad inscrita en un régimen de custodia exclusiva, que facilite su ejercicio a través de la custodia compartida.

Victoria Gómez señala que "como espacio de convivencia por excelencia, la familia engloba la mayor parte de las posibles dimensiones de igualdad entre hombres y mujeres" y al referirse a las nuevas familias, habla de la revolución que afecta a la familia, desde la transformación interior y exterior, poniendo énfasis en que la transformación interior se asocia con los roles que cumplen hombre y mujer en el seno de la familia, especialmente en cuanto a responsabilidades económicas y tareas domésticas.<sup>39</sup>

En la experiencia española se puede encontrar un referente interesante para procurar igualar derechos y responsabilidades entre padre y madre: "Los padres trabajadores por cuenta ajena pueden disfrutar en España de una situación de excedencia por cuidado de hijos menores de tres años. Sin embargo, esta es una licencia de carácter no retribuido."<sup>40</sup> Incentivar la combinación de roles, para la distribución equitativa de la responsabilidad de crianza de hijos y las responsabilidades laborales, es un imperativo de formulación de políticas públicas que debe complementar al cambio normativo.

El diseño de políticas públicas debe tener un enfoque multidisciplinario. Para asegurar el derecho de cuidado de los hijos, no solo es necesaria una política de niñez, sino también una política de seguridad, una política laboral, una política que promueva la cultura de paz en el procesamiento de conflictos familiares, que privilegie su resolución a través de la mediación.

Los cambios normativos no pueden promoverse aisladamente, sino que deben complementarse con la formulación de políticas públicas integrales. En el Ecuador, con ocasión de la discusión de reformas laborales orientadas a la extensión de la licencia sin remuneración por maternidad y paternidad, podría impulsarse la formulación de políticas

---

<sup>39</sup> Victoria Gómez, "El debate en torno a la regulación de la igualdad de género en la familia", en *Revista Política y Sociedad*, Vol. 45 Núm.2. (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Ciencia Política y Sociología, 2008), 14. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2880772>

<sup>40</sup> Irene Lapuerta, "¿Influyen las políticas autonómicas en la utilización de la excedencia por cuidado de hijos?", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 141 (Enero-Marzo 2013), 50. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23646621>.

públicas en el Consejo de Igualdad Intergeneracional teniendo como referente a Canadá que ofrece incentivos financieros al cónyuge con menores ingresos para que asuma mayores responsabilidades en el cuidado y crianza de sus hijos: "En 2001, el gobierno federal introdujo nuevas disposiciones por las cuales se amplía el período de prestaciones por la licencia combinada de maternidad y paternidad accesible a través del seguro de empleo (SE), de aproximadamente seis meses a cincuenta semanas. Esas prestaciones deben aprovecharse durante el primer año de vida de la criatura. Quince de las semanas del período corresponden a la licencia por maternidad, para la cual son elegibles sólo las madres biológicas. Las restantes treinta y cinco semanas corresponden a la licencia parental, y pueden ser aprovechadas indistintamente por la madre o el padre (biológicos o adoptivos), o bien ser compartidas por ambos. El valor de las prestaciones por esta licencia depende del ingreso y se calcula a una tasa de 55% de los ingresos de la o el beneficiario hasta un límite máximo de \$413 dólares canadienses por semana (casi la mitad del ingreso semanal promedio en Columbia Británica, Canadá)."<sup>41</sup>

Ese tipo de licencias facilitan el replanteamiento de las relaciones de coparentalidad en un marco de igualdad y permiten un mayor involucramiento del padre en la crianza de sus hijos, para garantizar su derecho de cuidado bajo un esquema de corresponsabilidad y para no sobrecargar a la madre con la responsabilidad de crianza:

Equilibrar las necesidades de crianza de las hijas e hijos y las necesidades de independencia de las mujeres, sin sobrecargar a estas últimas, es la deuda pendiente del feminismo: "Si pasamos de una sociedad dividida por el género a una más equitativa, debemos hacer todo lo necesario para que hijas e hijos reciban una atención adecuada" (Himmelweit 2000: 18). Por lo general, se considera que la solución a esta deuda es una participación mayor de los padres; de esta manera, las hijas e hijos podrían recibir el cuidado de alguien que los conoce y los ama, mientras que las mujeres podrían liberarse de parte de la carga. La investigación muestra que tanto hombres como mujeres expresan una actitud fuertemente igualitaria hacia la crianza (Bittman y Pixley 1997; Casper y Bianchi 2002; Gerson 2002), y que los hombres dicen que quieren pasar más tiempo con sus hijas e hijos (Milkie et al 2004; Russell 1999).<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Paul Kershaw y Gloria Elena Bernal, Carefair: el cuidado equitativo. Entre la capacidad de elegir, el deber y la distribución de responsabilidades, Debate Feminista, Vol. 44 (OCTUBRE 2011), 83. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625563>.

<sup>42</sup> Lyn Craig y Julia Constantino, ¿El cuidado paterno significa que los padres comparten? Una comparación de la manera en que los padres y las madres de familias intactas pasan tiempo con sus hijos e hijas, Debate Feminista, Vol. 44. (México, Metis Productos Culturales S.A. de C.V., 2011), 99-126. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625564>, 100.

Este planteamiento de mayor involucramiento del padre en la crianza de sus hijos necesita la construcción de nuevas masculinidades, que tiendan a reconocer las capacidades afectivas de los hombres para romper ese esquema autoritario de ejercicio de la paternidad que se había normalizado. Paul Kershaw y Gloria Elena Bernal con acierto sostienen que la codificación simbólica de la masculinidad y la licencia parental suponen que el esfuerzo de obligar a los hombres a compartir de forma equitativa las tareas del cuidado debe comenzar por desafiar la construcción social y cultural de la paternidad y la maternidad con el fin de superar el patriarcado.<sup>43</sup>

Rafael Montesinos al confrontar la masculinidad asociada con el autoritarismo con la construcción de una nueva masculinidad que potencie las capacidades afectivas del padre plantea su resignificación simbólica:

Los efectos del cambio cultural han mostrado un cuestionamiento hacia la *figura paterna tradicional* que impone su voluntad a todos los miembros de la familia. Este reproche ha permitido proyectar en los espacios de la reproducción cultural un nuevo estereotipo de la paternidad, con rasgos que en el pasado no constituían parte de la identidad masculina, como la *afectividad*. Ahora no resulta extraña la imagen de un padre que exhibe una actitud de cariño hacia sus hijos, sin importar si son varones o mujeres. Esta inusitada expresión de las relaciones familiares contrapone los estereotipos que la propia paternidad conservadora reforzaba al establecer distancia afectiva con los hijos varones, el riesgo obvio era la frialdad en la interacción padre-hijo. (...) Los aspectos más trascendentes que definen los estereotipos masculinos son el ocultamiento de los sentimientos, del dolor, la impotencia, el miedo y la debilidad, rasgos de la identidad que son reforzados por el entorno social.<sup>44</sup>

El reconocimiento social de esas nuevas masculinidades permitirá la visibilización de la problemática por parte de las autoridades estatales y podría derivar en un reconocimiento formal, en la ley, ante la justicia, que nos conduzca a la normalización del régimen de custodia compartida, cuando las circunstancias así lo permitan.

Una eventual incorporación del régimen de custodia compartida a nuestro Derecho de niñez, si se lo acuerda en mediación o se lo dispone en un proceso judicial, tendría inevitable incidencia en la regulación de pensiones alimenticias y régimen de visitas. Podría ser la oportunidad para eliminar la figura de la pensión para sustituirla por una distribución equitativa de responsabilidades que determine con claridad qué responsabilidad de manutención asume cada progenitor y también para eliminar el

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, 87. Ver también: Xavier Andrade y Gioconda Herrera, edit., *Masculinidades en Ecuador*. (Quito, FLACSO, 2001).

<sup>44</sup> Rafael Montesinos, *La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina*, 11. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/726/72620409.pdf>.

régimen de visitas y reemplazarlo por un régimen de convivencia familiar que establezca los días que compartirá el hijo con cada uno de los progenitores, no solo en el ámbito recreacional sino en aspectos relacionados con la crianza, educación y salud.

Esta redistribución de responsabilidades en cuanto a manutención y crianza, se traduce en los siguientes beneficios:

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores.
- La ruptura resulta menos traumática al evitar sentimientos negativos de culpa o de abandono en los menores.
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos respecto de la separación de sus progenitores, aceptando mejor el nuevo contexto.
- Se evitan situaciones de manipulación de los progenitores a los hijos.
- Se garantiza la potestad o responsabilidad parental, así como la participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores, en el desarrollo y crecimiento de los hijos.
- Se evita el sentimiento de pérdida que se produce en el progenitor no custodio.
- Se consigue una mayor concienciación de ambos progenitores en cuanto a la contribución a los gastos de los hijos, de manera equitativa o proporcional a su capacidad económica.
- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- Hay una equiparación entre los progenitores respecto de su tiempo libre.
- Se facilita la adopción de acuerdos al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente.<sup>45</sup>

No obstante estas ventajas del régimen de custodia compartida, la procedencia de acordar o disponer un régimen de estas características debe ser evaluada en cada caso en particular. En el ámbito social, los esfuerzos deberían estar orientados en acordar una separación con una distribución equitativa de responsabilidades, de dos sustentadores y cuidadores, que se despojen de prejuicios y estereotipos y en el ámbito estatal, los esfuerzos deben estar orientados en la adopción de políticas laborales que contemplen flexibilidad sin perder estabilidad laboral y en especial cuenten con la figura de los permisos parentales para el cuidado de los hijos.

Los cambios en el Ecuador deben partir por cambios en el uso del lenguaje, para simbólicamente cambiar creencias y patrones de comportamiento. Ya no hablar de "patria potestad" porque en la evolución del Derecho de la niñez, el descarte de la doctrina de la situación irregular y la adopción de la doctrina de la protección integral implica dejar de tratar a los niños como objetos de protección, reconocerles su condición de sujetos plenos de derechos, ya no concebir una paternidad identificada con conceptos

---

<sup>45</sup> Carlos Villagrasa Alcaide, "La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades", en: Teresa Picontó Novales, edit. *La custodia compartida a debate*. (Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2010), 89 y 90.

como la autoridad, el control y el poder sobre los hijos inscrito en un modelo patriarcal o matriarcal, sino adoptar un modelo de paternidad más identificada con una sociedad parental que asegure el acompañamiento conjunto y equilibrado de padres, orientado a satisfacer el interés superior de los hijos. Dejar de hablar de "tenencia" porque no están de por medio cosas ni se trata de poseer algo bajo la lógica civilista, de los bienes. Debemos dejar de cosificar a los niños y creer que podemos detentar la posesión de los hijos. La custodia está más identificada con el cuidado y crianza. Ya no hablar de un "derecho de visitas" pues excluye, margina, desplaza a la figura paterna y la reduce a un visitador esporádico que recrea y no cría. Hablar de convivencia familiar. Cataldi nos recuerda que "La expresión más moderna, utilizada en diversas legislaciones y en resoluciones judiciales de Tribunales Internacionales es la de "responsabilidad parental" para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos."<sup>46</sup>

## **1.2. Prevalencia de derechos de los niños y el derecho de cuidado.-**

### **1.2.1. Prevalencia de derechos de niños, sus derechos especiales:**

Si bien la Constitución de la República reconoce en su artículo 11, la igual jerarquía de todos los derechos, hace un reconocimiento especial respecto a los niños en su artículo 44: "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."

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que:

Los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. 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, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Myriam M. Cataldi, La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia, 1, Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-noci%C3%B3n-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-Myriam-M.-Cataldi.pdf>.

<sup>47</sup> Corte IDH, *caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 408.

Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.<sup>48</sup>

### **1.2.2. Derecho de cuidado de los hijos: vaguedad del reconocimiento constitucional, y ausencia de interpretación jurisprudencial.-**

En los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las constituciones de los Estados no suele reconocerse el derecho de cuidado de los hijos. La razón que lo explica seguramente radica en que las disposiciones sobre la familia ya contienen responsabilidades para los padres que suponen el implícito reconocimiento del derecho. Sin embargo aquello no es suficiente, el cuidado a los hijos merece la configuración de un derecho a su favor.

En la Constitución vigente del Ecuador existen cuatro disposiciones que aluden al cuidado de los hijos, pero no son suficientes. La necesidad de reconocimiento del derecho surge de una realidad. Hay muchos conflictos entre padres que no pueden ser procesados, que no permiten llegar a acuerdos sobre cuidados y manutención de los hijos, que son judicializados y que deben ser resueltos desde la tutela de derechos de los hijos.

María Sara Rodríguez lo describe de este modo:

Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. El interés de niños, niñas y adolescentes exige también que se garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación. Sin embargo, estos deberes deben continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, graves desavenencias que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos. El Derecho debe, entonces, arbitrar técnicas que, en la medida de lo posible, garanticen a los niños, niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en estas crisis la continuidad de su crianza y educación y la estabilidad de vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Corte IDH, *caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 45.

<sup>49</sup> María Sara Rodríguez Pinto, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de

La legislación y la práctica judicial parecerían preocuparse únicamente del dinero para cuidar, cuando es necesario atender al tiempo para cuidar, el derecho del hijo a comunicarse con su padre, el derecho a recibir o facilitar las atenciones en salud y educación.

Para proponer una configuración del derecho de cuidado es necesario clasificar el cuidado infantil y luego identificar los elementos que determinarán su contenido y alcance.

Lyn Craig y Julia Constantino Reyes clasifican el cuidado infantil en cuatro grupos de actividades amplios:

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

A partir de esta clasificación, los elementos a considerar al configurar el derecho de cuidado de los hijos serán:

1. Titularidad del derecho: hija o hijo.
2. Contenido y alcance: el derecho de cuidado comprenderá la interacción entre padres y su hijo en labores de aprendizaje, educación, salud, alimentación y vestido. El derecho también comprende el derecho de movilidad entre los hogares y su centro de estudios, actividades extra curriculares y lugares de recreación.
3. Sujetos obligados: sus padres serán los obligados principales. Sus abuelos y tíos paternos y maternos serán los obligados subsidiarios.
4. La obligación de los padres incluirá el establecimiento de consecuencias acordadas en caso de incumplimiento de pautas o guías de convivencia y comportamiento, que no menoscaben la libertad de acción y pensamiento del hijo

---

familia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, 546 y 547, 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n3/art05.pdf>.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Derecho comparado sobre corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos

#### 2.1. Disposiciones de las Constituciones de otros Estados, orientadoras del Derecho de Familia.

Se han identificado algunos referentes del Derecho comparado que contemplan en su legislación la figura de la custodia compartida y se ha procurado la referencia a los mismos países para el estudio de su marco constitucional y legal, para identificar el origen de los cambios, pues no todos los países que cuentan con disposiciones legales sobre custodia compartida las han aprobado como desarrollo legislativo de preceptos constitucionales.

La Constitución de España de 1978<sup>50</sup>, en su artículo 39, divide la regulación para la protección de la familia en tres partes:

- Deberes del Estado de asegurar la protección de la familia en el ámbito social, económico y jurídico (numeral 1) y de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres (numeral 2). Para la protección integral de los hijos, resulta importante destacar el énfasis que puso el constituyente español en que los hijos son iguales ante la ley, con independencia de su filiación. Por otro lado parecería que el constituyente consideró como parte débil de la relación jurídica a las madres solteras, a quienes parecería especialmente orientar la protección.
- Deberes de los padres de prestar asistencia a los hijos (numeral 3). Estos deberes a cargo de los padres, aclara el constituyente, son exigibles tanto dentro como fuera del matrimonio y, parecería, que principalmente durante su minoría de edad.
- Derechos de los niños a ser protegidos de conformidad con los estándares exigidos en los instrumentos internacionales (numeral 4).

---

<sup>50</sup> Constitución de España de 1978, aprobada por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre del mismo año (Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). Disponible en: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>.

En Chile, llama la atención que en el catálogo de derechos de su Constitución Política<sup>51</sup> no figure ningún derecho reconocido a favor de los hijos, más que el constante en su artículo 19, que reconoce el derecho a su educación, del cual se desprende el derecho preferente y el deber de los padres de educarlos (numeral 10). Tampoco figura deberes a cargo de los padres.

Se pensaría que en Chile y Argentina, dos países referentes por incorporar la figura de la custodia compartida en su legislación, su Constitución hará alguna alusión al tema, sin embargo en Chile los asuntos de familia no fueron considerados de relevancia constitucional, por lo que su tratamiento se reservó para el ámbito legislativo. Lo propio ocurre en los capítulos primero y segundo de la Constitución de la República Argentina<sup>52</sup>, reservados para el reconocimiento de derechos y garantías, en donde no figuran derechos relacionados con el ámbito familiar.

## **2.2. La evolución legislativa del derecho de cuidado en el Derecho Comparado de la niñez.-**

Para revisar el Derecho comparado en los aspectos de niñez objeto de este trabajo, es necesario dividir la investigación en función del aporte que registra cada ley o código expedido en países como Chile, Argentina, España, Bolivia y Perú.

Para una mejor comprensión de la evolución legislativa en el Derecho comparado de la niñez, es importante resaltar que la orientación del Derecho de familia contemporáneo es concebir a los cuidados de los hijos no como una opción sino como una obligación de los dos progenitores, pero que solo es posible ejercerla distribuyéndola con equilibrio entre los dos progenitores o con incentivos de tipo económico y de concesión de tiempo al progenitor que asuma mayores responsabilidades, como lo hace Canadá.

Además de la figura de las licencias por paternidad y maternidad, otra opción para lograr una equitativa distribución de responsabilidades de cuidado y crianza de los hijos entre los dos progenitores, es la incorporación en su legislación del régimen de custodia compartida, como lo hizo Chile y Argentina.

---

<sup>51</sup> Constitución Política de la República de Chile, disponible en: [https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf).

<sup>52</sup> Constitución de la República Argentina, disponible en: <http://www.senado.gov.ar/deInteres>.

Chile aprobó en 2005 la Ley No. 20680, publicada el 21 de junio de 2013, que incorporó al Código Civil la figura de la custodia compartida. En dicha Ley, se reformó el Código Civil y otros cuerpos normativos, con el objeto de proteger la integridad de los hijos en caso de que sus padres vivan separados.

La Ley reformativa de Chile sustituyó los artículos 224 y 225 del Código Civil estableciendo en el primero que "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos" y en el segundo la posibilidad de que los padres determinen " de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida" acotando que "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."

A pesar de no contar con un solo cuerpo normativo en niñez, Chile es uno de los pocos países sudamericanos que ha superado, al menos en el ámbito legislativo, los prejuicios y estereotipos que identifican al padre con la ineptitud para el cuidado de los hijos, con la violencia intrafamiliar, con la irresponsabilidad en manutención. En las reformas a su Código Civil chileno, sustituyó la expresión "patria potestad" por el de "responsabilidad parental" y ha superado *"la tendencia expansiva de la preferencia materna en cuanto a la edad y sexo de los hijos"*<sup>53</sup> al momento de decidir a quién confiar la custodia.

En la Ley aprobada, que reforma el Código Civil, en su artículo 2, sustituye el primer inciso del artículo 224 de este Código, estableciendo que la crianza, educación y cuidado personal de los hijos es corresponsabilidad de ambos padres, vivan juntos o separados y aquella corresponsabilidad se hace efectiva de forma activa, equitativa y permanente.

---

<sup>53</sup> María Sara Rodríguez Pinto, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, 556, 2009, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n3/art05.pdf>.

El artículo 225 del Código Civil también es sustituido y ampliado. La sustitución consiste en la formulación de la regla de la custodia compartida y la ampliación supone el establecimiento de criterios y circunstancias para la aplicación de dicha regla (art. 225-2).

La regla incorporada establece la posibilidad de que los padres separados determinen, de común acuerdo, la custodia exclusiva o compartida y la exigencia de un acuerdo que contemple la frecuencia y libertad con que el no custodio mantendrá una relación directa y regular con sus hijos.

El artículo 225 plantea inclusive una definición del cuidado personal compartido: "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" y agrega algo muy importante: "En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres."

Debe mencionarse que el artículo no contempla la posibilidad de solicitar al juez ordene el régimen de custodia compartida, ante la falta de acuerdo de los padres.

Chile además tiene pendiente la aprobación del proyecto de ley de protección integral de la infancia y adolescencia. La Comisión de la Familia del Congreso Nacional aún no lo remite al Pleno para su discusión y aprobación. Existen críticas a dicho proyecto, entre las que destaca que no prevé la derogación de la ley de menores (Ley No. 16.628) que ha sido cuestionada por su abordaje tutelar. Con la aprobación de este proyecto de ley se pretende dar solución a la dispersión normativa y contar con una regulación más acorde con la Ley de Protección Integral de Derechos.

En Argentina, se expidió la Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes<sup>54</sup> a la que se identifica como un progreso normativo que se nutre de la doctrina de la protección integral y supera concepciones arcaicas constantes en la denominada Ley No. 10.903 (Ley Agote) identificada con la doctrina de la situación irregular.

---

<sup>54</sup> Argentina, Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada: Septiembre 28 de 2005. Promulgada: Octubre 21 de 2005.

La Ley privilegia la política pública por sobre la decisión judicial, confiando a la justicia un rol supervisor responsable únicamente de la resolución de casos excepcionales.

Una figura central en la institucionalidad creada a través de esta Ley es la del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, responsable de la promoción y protección de derechos reconocidos internacional, constitucional y legalmente<sup>55</sup>.

El segundo inciso del artículo 7 de la Ley No. 26061 establece con claridad que "el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos."

El artículo 11 segundo inciso de la Ley, en el marco del derecho a la identidad, contiene una obligación estatal primordial que se origina en la Convención sobre los Derechos del Niño y que fue el referente para el Código de la Niñez de Ecuador: el derecho de los niños y adolescentes a conocer a sus padres biológicos y a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aún cuando estuvieran separados o divorciados.

El artículo 35 de la Ley contiene un mandato de aplicación de medidas de protección orientadas al fortalecimiento de vínculos familiares, que deberían ser consideradas al resolver procesos de custodia o de convivencia con el otro progenitor, con el fin de descartar o resolver con excepcionalidad la restricción de acceso de un padre a su hijo.

En España, la custodia compartida se incorporó a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 92 (8) del Código Civil, con esta reforma, establece: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor."

Las críticas a esta disposición se enfocaron en el informe del Fiscal:

---

<sup>55</sup> Ibid, artículo 47.

Tal como se ha articulado en la ley la necesidad del informe, si el Fiscal emite una opinión favorable, el Juez podrá acordar o no la custodia compartida. Ahora bien, si el informe es negativo, el juez no podrá acordar dicha medida. El derecho de veto del Ministerio Fiscal para que el juez pueda adoptar la medida podría infringir el art. 117 CE sobre la potestad jurisdiccional y ha motivado que las Audiencias Provinciales de Las Palmas y Navarra hayan planteado sendas cuestiones de inconstitucionalidad (...).<sup>56</sup>

Al resolver estas demandas de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, resolvió lo siguiente:

A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.<sup>57</sup>

Un año más tarde (19 de julio de 2013) el Consejo de Ministros de España aprobó el anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. En dicha Ley se incorpora como regla general la custodia compartida y las visitas reciben otra denominación: "régimen de estancias, relación y comunicación."

Por otro lado, España cuenta con la Ley No. 8/2015, de 22 de julio de 2015, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y que destaca por la incorporación de una técnica de valoración del "interés superior del menor" a efectos de considerarla en informes técnicos y resoluciones.

Otro importante referente en el Derecho comparado es la Ley No. 548, de 17 de julio de 2014, mediante la cual la Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia sancionó el Código de la niña, niño y adolescente.

En el artículo 40 del Código del Niño de Bolivia encontramos una disposición muy similar al artículo 21 de nuestro Código de la niñez<sup>58</sup>: "Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones

---

<sup>56</sup> Laura Alascio Carrasco, La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010, Facultad de Derecho. (Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2011), 7.

<sup>57</sup> Tribunal Constitucional de España, en su sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012, octavo punto resolutivo, disponible en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/pages/Sentencia.aspx?cod=20659>.

<sup>58</sup> Art. 21 del Código de la Niñez de Ecuador: "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías."

personales y contacto directo con su madre y padre, aun cuando exista separación entre ellos, salvo que esto sea contrario a su interés superior." Disposiciones como éstas son las que deben servir de fundamento para preferir la custodia compartida, como el régimen ideal para asegurar esa relación permanente y regular con ambos progenitores.

En Perú, el Congreso Nacional expidió la Ley No. 29269<sup>59</sup>, mediante la cual reformó dos artículos del Código de los Niños y Adolescentes e incorporó la tenencia compartida.

El artículo 1 de la Ley reformó el artículo 81 del Código de los Niños, otorgándole al juez la atribución de disponer el régimen de custodia compartida en caso de falta de acuerdo o si el acuerdo es perjudicial para el hijo:

Art. 1.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

En el segundo artículo se modificó el artículo 84 del Código de los Niños:

Artículo 84.- En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

La reforma aprobada en Perú fue fundamental porque le otorgó al juez la posibilidad de disponer, a petición de parte, el régimen de custodia compartida (descartando la regla que estuvo inicialmente vigente en España de viabilizar el régimen de custodia compartida, solamente en caso de acuerdo entre los padres).

La reforma legal en el Perú también resultó importante porque fijó un mandato de acción para el juez, quien al resolver sobre la custodia, debe preferir al progenitor que asegure la preservación de la relación con el otro progenitor. Sin embargo, la disposición del Código de los Niños del Perú no puede derivar en la sola constatación de quien

---

<sup>59</sup> Perú, Ley No. 29269, publicada el 16 de octubre de 2008.

mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor, pues existen situaciones en que se deberían evaluar con mucha cautela temores fundados de que el otro progenitor represente una amenaza para su hijo. De ahí la importancia de analizar las circunstancias específicas de cada caso en particular al momento de resolver en torno a un régimen de visitas o custodia de los hijos. La violencia no tiene género, por lo que cualquier manifestación o acción de un progenitor que coloque en una situación de riesgo de su hijo, debe ser investigada por la oficina técnica de la unidad de familia (en el caso del Ecuador) para que el juez pueda disponer la restricción, suspensión o supervisión en el régimen de visitas y de ser el caso, inclusive, una medida de protección a favor del niño.

Este señalamiento se lo formula a partir de un caso de asesinato del padre a su hija y su posterior suicidio en España, conocido y resuelto por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Lo analizamos como una situación excepcional que, lejos de alimentar el estereotipo en perjuicio de los padres, debe llamarnos a la reflexión y al análisis de cada caso en particular.

El Comité de Naciones Unidas reconoció que "durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija" y tomó nota del argumento del Estado en el sentido de que no se podía prever el comportamiento del padre y "que nada hacía presagiar, en los informes psicológicos y de los Servicios Sociales, que existiera un peligro para la vida o salud física o psíquica de la menor" sin embargo observó que "las órdenes de alejamiento emitidas por las autoridades no incluyeron a la menor y una orden de alejamiento ordenada fue posteriormente dejada sin efecto, como resultado de un recurso planteado por el padre, para no perjudicar las relaciones entre padre e hija."

El Comité consideró que las autoridades estatales realizaron acciones para la protección de la niña en un contexto de violencia doméstica "sin embargo, la decisión de permitir las visitas no vigiladas fue tomada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en

consideración que el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años, no contestado por el Estado parte, aún estaba presente."<sup>60</sup>

Luego de este análisis, al determinar la responsabilidad del Estado en este caso, el Comité le formuló la siguiente recomendación:

Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.<sup>61</sup>

### **2.3. El derecho de cuidado de los hijos, visitas y la custodia compartida en la jurisprudencia comparada.-**

Aunque algunos descarten el uso de la denominación custodia "compartida" y prefieran la identificación de custodia "alternativa" para referirse a aquel régimen en que dos progenitores que no viven juntos participan equitativamente en labores de cuidado y crianza, continuaremos refiriéndonos a la custodia compartida y a continuación revisaremos algunas decisiones judiciales emblemáticas sobre la materia.

Antes de hacerlo, es importante conocer la objeción que han presentado sectores feministas radicales que tienen la siguiente lectura frente al planteamiento de una demanda de un padre para solicitar un régimen de custodia exclusiva o compartida: "una gran mayoría de los hombres que retan a sus ex-esposas en juicios de custodia no se interesan en el cuidado, sino más bien en el control de sus hijos. Levantan una demanda por la custodia como una manera de evitar pagar el mantenimiento de los hijos o como un mazo sobre las cabezas de sus ex-esposas, con frecuencia en respuesta a la búsqueda de autonomía y derechos equitativos de sus mujeres."<sup>62</sup>

Lamentablemente, el prejuicio y estereotipo es marcado al indagar las razones por las que ciertos padres aspiran y se consideran aptos para asumir un régimen de custodia exclusiva o compartida de sus hijos. Solicitan al juez se revierta la custodia o se determine judicialmente un régimen de custodia compartida e inmediatamente brotan los prejuicios y sospechas sobre el padre. Se atribuye esa demanda al afán de eludir su

---

<sup>60</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación No. 47/2012, Ángela González Carreño v. España, resuelto el 16 de julio de 2014, párrafos 9.3, 9.4 y 9.5.

<sup>61</sup> Ibid, párrafo No. 11, letra b, punto i).

<sup>62</sup> Diane Ehrensaft, Las feministas pelean contra (por) padres, Debate Feminista, Vol. 6 (septiembre 1992), 115, Metis Productos Culturales S.A. de C.V. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625653>.

responsabilidad de manutención o se cree que es utilizada como instrumento de amedrentamiento o venganza.

Toda generalización es condenable. La distribución de responsabilidades de cuidado y custodia, a falta de acuerdo directo por mediación, debe ser resuelta por los jueces en base a la evaluación de comportamientos parentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.<sup>63</sup>

El Tribunal Supremo de Justicia de España en 2010, al estimar un recurso extraordinario de casación presentado por un padre contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia y confirmar la sentencia de primera instancia, expidió una sentencia fundadora de línea jurisprudencial sobre la custodia compartida. Este fue el argumento para resolver a favor de este régimen:

[...] la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo; c) que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia pronunciada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y d) que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.<sup>64</sup>

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia de España continúa aportando algunos criterios importantes sobre la custodia compartida en su jurisprudencia.

---

<sup>63</sup> Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 50.

<sup>64</sup> Tribunal Supremo de Justicia de España, Sentencia No. 576/2010 del de 1 de octubre de 2010, Sala Primera de lo Civil, párrafo sexto.

En una sentencia de 2013, que llegó al Supremo por casación propuesta por el padre, luego de que la madre, alegando una mala relación entre progenitores, se opuso al régimen de custodia compartida concedido en primera instancia y fuera favorecida con la aceptación de un recurso de apelación, el Tribunal resolvió casar la sentencia al evaluar la situación de la siguiente manera:

1. El régimen de visitas se ha desarrollado sin incidencias.
2. El trabajo del padre como comercial le permite organizarse su agenda, por lo que no le impide el cuidado del menor, en lo que está auxiliado por su madre y hermana.
3. El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos.
4. Consta la proximidad de los domicilios paterno y materno.
5. La realidad de que el menor Rodrigo convivió con ambos padres en semanas alternas en régimen de custodia compartida desde la sentencia de primera instancia, hasta su revocación, sin que exista constancia de incidentes.
6. La madre seguirá viéndolo incluso en las semanas que no le corresponda, en horario escolar, pues es profesora del mismo Colegio al que asiste el menor.<sup>65</sup>

Interesante resultó constatar que la motivación del Tribunal Supremo pasó por la valoración de estas premisas fácticas y probatorias, para luego argumentar a favor del régimen de custodia compartida en los siguientes términos:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Al aceptar un recurso de casación y disponer un régimen de guarda y custodia compartida, el Tribunal Supremo, en un caso reciente, expidió una sentencia consolidadora de línea jurisprudencial, bajo los siguientes argumentos:

- 1ª.- Se primará el acuerdo entre ambas partes.
- 2ª.- Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización del niño.
- 3ª.- El progenitor que no tenga consigo al hijo y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.<sup>66</sup>

El Tribunal Supremo de Justicia de España, al conocer y resolver un recurso interpuesto por un padre que solicitaba la custodia compartida, descartó la motivación

---

<sup>65</sup> Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, Sentencia No. 758/2013, caso No. STS 5710/2013, Recurso No. 2637/2012, Juez Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

<sup>66</sup> Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, Sentencia No. 9/2016, caso No. STS 149/2016, Recurso No. 2205/2014, Juez Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

esgrimida por la Audiencia Provincial de Sevilla que había desestimado el recurso de apelación propuesto por el padre y su pretensión de fondo, por el nivel de conflictividad y tensión entre progenitores y bajo el argumento de que la adopción del régimen de custodia compartida no exige un "acuerdo sin fisuras" y que la existencia de "divergencias razonables" entre los progenitores, no imposibilitan este régimen, otorgó la custodia compartida de un niño solicitada por su padre. El Tribunal, en esta oportunidad, dejó clara su posición sobre la conveniencia de este régimen:

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.<sup>67</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha establecido líneas jurisprudenciales claras sobre el derecho de cuidado de los hijos como responsabilidad de ambos progenitores y se ha mostrado contraria a la preferencia materna para la custodia en abstracto, al manifestar que "en caso de que un menor deba ser separado de alguno de sus padres, el interés superior del menor no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio con la madre"<sup>68</sup> y "aunque pueda parecer contradictorio, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor. Sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea."<sup>69</sup>

En Colombia también se registran importantes aportes jurisprudenciales en distintos niveles de la judicatura.

El desarrollo jurisprudencial más relevante se registró en la Corte Constitucional.

---

<sup>67</sup> Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, Sentencia de 16 de febrero de 2015, No. de Recurso: 890/2014, No. de Resolución: 96/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, considerando sexto.

<sup>68</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo directo en revisión No. 754/2009, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx>.

<sup>69</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Primera Sala, Amparo directo en revisión No. 1573/2011, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx>.

La Corte Constitucional colombiana, al resolver una demanda por acción de tutela, se refirió al régimen de visitas, al que identificó como "un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar enderezado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares"<sup>70</sup> y concluyó en el acápite cuarto que:

En aras de la protección inmediata de los derechos de la familia, el juez competente ordenará que sus miembros se sometan inmediatamente a una terapia adecuada para lograr acuerdos básicos que solucionen sus conflictos, eviten la ruptura total de su unidad, pongan término a la actual escisión en el proceso educativo afectivo de sus hijos comunes y favorezcan la estabilidad emocional y la tranquilidad de todos sus miembros.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, por su parte, ha destacado la vigencia de dos principios orientadores de la actividad judicial al momento de resolver una causa de niñez:

Rigen esta delicada materia dos principios de cardinal importancia que, en cuanto tales, invariablemente han de ser observados para las frecuentes controversias que en este campo suelen presentarse. El primero de ellos es el de que la separación, medie o no el divorcio, no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, incluso en el evento en que la sentencia privase a uno de ellos, o a ambos, del ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad; el segundo indica que el Juez, en el cometido de adoptar cualquier medida provisional o definitiva relacionada con el cuidado y la manutención de los hijos cuando se ha roto la unidad familiar representada por la casa común, ha de estarse a lo que en vista de las circunstancias particulares del caso sea más conveniente para ellos, pues su interés - el de los hijos - siempre habrá de hacerse prevalecer sobre el de los padres.<sup>71</sup>

Finalmente, en un juzgado de primera instancia. El 16 de julio de 2009, una Jueza Tercera de Familia de Bogotá, motivó su sentencia señalando que "resulta innegable que la custodia monoparental establece discriminación por sexo e invierte la ubicación de los derechos en juego, esto es, salvaguardar los derechos del cónyuge custodio por encima de los del hijo o hija objeto de protección" y resolvió conceder la tenencia, custodia y cuidado personal de manera compartida entre el padre y la madre tres meses con cada uno, sin perjuicio del régimen de visitas que corresponda a cada uno mientras su hijo se encuentre bajo el cuidado primario de uno de los progenitores.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/92, p. 34, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-523-92.htm>.

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia, de 31 de febrero 13 de 1989. Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.

<sup>72</sup> Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, 16 de julio de 2009, sentencia disponible en: <http://www.padresporsiempre.com/JuzgadoTerceroCustodiaCompartidaBogota2009.pdf>.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **Reglas constitucionales, desarrollo legislativo y práctica judicial sobre regímenes de tenencia y visitas en el Ecuador**

#### **3.1. Marco constitucional sobre paternidad y maternidad.-**

La Constitución de la República tiene a la igualdad como eje transversal del ejercicio de todos los derechos reconocidos. Así, en su artículo 69 numerales 1, 4 y 5, al proteger derechos de las personas integrantes de la familia, precisa que:

- Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.
- El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
- El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

En la Constitución, cuatro disposiciones se refieren a las responsabilidades para asegurar el cuidado de los hijos: el artículo 46 (1) de la Constitución de la República contiene un mandato de garantía del cuidado diario de los menores de seis años a cargo del Estado. El artículo 69 (5) le impone al Estado la obligación de promover "la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. El artículo 69 (1) de la Constitución establece que "se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo." Por último, entre los deberes y responsabilidades de los habitantes del territorio ecuatoriano, el artículo 83 (16) de la Constitución establece la corresponsabilidad de madres y padres, en igual proporción, de "asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos."

### **3.2. Reglas sobre régimen de tenencia y visitas en el vigente Código de la Niñez del Ecuador.**

No cabe duda que lo óptimo para la determinación del o los responsables de la custodia, aunque no siempre sea posible, es que la ley contemple una atribución convencional, acordada y que mejor que de manera directa.

La experiencia chilena es un buen referente. En el artículo 225 de la Ley No. 19.585 de 1998 establece que ambos padres, actuarán de común acuerdo, para resolverlo.

En el Código de la Niñez del Ecuador, las reglas para confiar la mal denominada "tenencia" de los hijos, tienen, en apariencia, esa orientación. En el primer numeral del artículo 106 de dicho Código se asegura que "se respetará lo que acuerden los progenitores" pero se agrega la condición de que se respetará el acuerdo "siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija."

Lo más preocupante son las reglas que se enuncian a continuación, las de los numerales dos y cuatro. La regla del numeral dos, que se aplica "a falta de acuerdo" o "si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia", contiene una diferencia de tratamiento que carece de una justificación objetiva y razonable, que es discriminatoria y por tanto inconstitucional. La regla general establece que "la patria potestad" (en realidad el legislador quiso decir custodia) de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre. La salvedad que se introdujo se presenta en el caso en que "se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija".

Esa recurrente estrategia de litigio se condenó al resolver un caso de requerimiento de restitución de la niña Ariana Nicole Ullauri Tobar y rechazar por improcedente la petición para su restitución internacional:

La Corte Nacional de Justicia, al pronunciarse sobre un requerimiento de restitución de la niña Ariana Nicole Ullauri Tobar y rechazar por improcedente la petición para su restitución internacional sostuvo que le "Llama la atención la lectura de las fotografías de la madre, que se realiza (fjs. 352 a 354), afirmando que: "consta la Señora Gabriela Isabel Tobar Mite, en estado etílico, saliendo de varios centros de diversión"; apreciación subjetiva, que pone en evidencia estereotipos sexistas, concepciones que responden a modelos patriarcales que asignan atributos y características, que prescriben conductas y roles a cada sexo, y que limitan, desvalorizan y devalúan incidiendo negativamente en la

vigencia del principio de igualdad y no discriminación para el ejercicio de los derechos y oportunidades.<sup>73</sup>

La regla del numeral cuarto es igualmente inconstitucional porque crea una situación discriminatoria al establecer una preferencia a favor de la madre sin justificación. La regla prescribe que "si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija."

Estudios sobre el derecho de cuidado de los hijos y el trabajo de sus padres concluyen que "a pesar del ingreso de las mujeres al trabajo remunerado, la institucionalidad vigente refuerza el modelo de responsabilidad de cuidado de hijos y cuidado del hogar a cargo de las mujeres."<sup>74</sup>

Lo razonable sería confiar la custodia al progenitor que, luego de valoraciones de los profesionales que integran el equipo técnico, demuestre "mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que esté en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable", sin embargo esta constatación solo se exige para resolver en torno a la custodia de los niños mayores de doce años.

La preferencia materna, en abstracto, de manera anticipada, antes de evaluar las particularidades de cada caso en concreto, ha sido objeto de señalamientos y preocupaciones, a nivel nacional e internacional.

Así, en el marco del Sistema de Naciones Unidas, se han hecho algunos señalamientos, curiosamente, no solamente en foros de niñez, sino también en espacios de deliberación de los derechos de las mujeres. El Comité de los Derechos del Niño "considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno

---

<sup>73</sup> Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Jueza ponente: Rocío Salgado Carpio, Resolución No. 043-2014, Juicio especial No. 158-2013 (Recurso de Hecho) que sigue Sara Oviedo Fierro, Secretaría Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra Xavier Tobar Cajas y otros, de 28 de febrero de 2014, considerando cuarto.

<sup>74</sup> Sonia Montañó Virreira y Coral Calederón Magaña, coord., *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*. (Santiago, CEPAL y Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer, 2010), 74.

de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso."<sup>75</sup>

Por otro lado, a nivel nacional, la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez fue demandada por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia.

En su demanda, divide el análisis en: la violación al principio de igualdad, la trasgresión del principio constitucional de corresponsabilidad parental, la discriminación al perpetuarse estereotipos en los roles de las mujeres, El artículo 106 numerales 2 y 4 es inconstitucional ya que es contrario al principio del interés superior del niño, Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.

En cuanto a la vulneración al principio de igualdad, los proponentes reclaman por "una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia."<sup>76</sup> Para evaluar si la distinción es discriminatoria, los demandantes recurrieron al test de razonabilidad:

- La preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, por el contrario, viola varios derechos reconocidos en los artículos 11 numeral 2, 19, 44, 45, 69 numeral 5, 83 numeral 16 y 333 de la Constitución.
- No es necesaria, porque para lograr el bienestar del niño existe otro medio, distinto a la preferencia materna, que implica un análisis caso por caso. Así, eliminando esta regla automática, el juez podrá decidir con base en el interés superior del niño lo que resulte más favorable de acuerdo a su situación.
- No es proporcional ya que el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, a la vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del niño.<sup>77</sup>

El análisis que plantea la demanda es interesante porque deja en evidencia las inconsistencias en que incurrió el órgano legislativo que realizó una ponderación en abstracto, sin ofrecer razones para la preferencia a favor de la madre. Para este análisis

---

<sup>75</sup> Organización de las Naciones Unidas, Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013, párr. 67.

<sup>76</sup> Demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015, párr. 18.

<sup>77</sup> Ibid, párr. 21 a 23.

no solo se ha examinado la situación del hijo, sino la situación de la supuesta beneficiaria de la medida preferente.

En la argumentación constante en la demanda se establece que la preferencia materna no es necesaria, porque se excluye el análisis caso por caso y la decisión en base al interés superior del niño. Este argumento podía ser ampliado, pues la interpretación de la regla del Código de la Niñez nos plantea una regla y una excepción. La regla de la preferencia y la salvedad de no aplicarla cuando se pruebe que es perjudicial la custodia de la madre. La reforma de esta disposición debería estar orientada a eliminar la preferencia y evaluar las circunstancias específicas de cada caso para elegir al custodio más apto y con equilibrio para el cuidado.

Es acertada la apreciación de que "a medida que nuestra comprensión sobre la asignación de estereotipos evoluciona, se ha hecho evidente que los estereotipos de género tanto sobre hombres como sobre mujeres pueden ir en detrimento de las mujeres"<sup>78</sup> por lo que adscribo al criterio expuesto en la demanda de que la preferencia materna perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, sin dejar de cuestionarla porque resulta incompatible con el principio del interés superior del niño.

Desde la perspectiva de la madre, una creencia generalizada sobre la maternidad puede dificultar su reincorporación al mercado laboral, pues se ha normalizado esa sobrecarga en la responsabilidad de los cuidados, marginándola del ámbito laboral, como lo afirman Rebecca Cook y Simone Cusack:

una mujer puede verse lesionada cuando se le niega un beneficio a causa de la aplicación, imposición, o perpetuación de un estereotipo de género en una ley, política o práctica que no corresponde con sus necesidades, habilidades y circunstancias reales. En tal caso, será tratada de acuerdo con una creencia generalizada e impersonal o una idea preconcebida que no la describe acertadamente.<sup>79</sup>

La preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, desde la perspectiva de derechos porque atenta contra el principio y derecho a la igualdad y desde la perspectiva de las obligaciones porque incumple el principio de la corresponsabilidad de los dos progenitores en igual proporción que se enuncia en la Constitución para asumir la responsabilidad de crianza de los hijos.

---

<sup>78</sup> Rebecca J. Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. (University of Pennsylvania Press, 2009), 67.

<sup>79</sup> *Ibid*, 78.

Preferir a la madre al momento de conferir la custodia no es necesario para lograr el bienestar del niño. La decisión de conferir la custodia exclusiva a uno de los progenitores debe estar precedida por un análisis de las circunstancias del caso en particular, debe estar respaldada en informes de la Oficina Técnica y debe estar debidamente motivada en la conexión de premisas fácticas y probatorias, pues la valoración de la prueba es fundamental en estos procesos para evaluar en cada caso las aptitudes de ambos progenitores, los comportamientos parentales y la situación del hijo.

La preferencia materna para la custodia de los hijos no es proporcional porque perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres y es incompatible con el principio del interés superior del niño, pero además porque discrimina al padre, al que se lo desplaza a un rol marginal en los primeros años de vida de su hijo, bajo la figura del progenitor que "apoya" en los cuidados, con una muy limitada posibilidad de asumir la custodia exclusiva de sus hijos menores de 12 años, en casos en que se pruebe que la custodia a cargo de la madre resulta perjudicial para el niño.

En esta línea de pensamiento se propuso la demanda de inconstitucionalidad de dos numerales del artículo 106 del Código de la Niñez: "el artículo 106 del CNA es discriminatorio con las mujeres ya que al establecer una preferencia injustificada hacia la madre se está perpetuando en la sociedad la idea tradicional de que el cuidado de los niños le corresponde exclusivamente a aquella. De esta forma, se impone a la mujer expectativas específicas en relación con la vida familiar, limitando sus opciones en el mercado laboral."<sup>80</sup> La demanda agrega con acierto que "es posible evidenciar que si bien existen normas que aparentemente otorgan un beneficio a las mujeres, lo que realmente provocan es discriminación."<sup>81</sup>

Una vez determinado lo relacionado con la mal denominada tenencia, es necesario fijar un régimen de visitas. En el Ecuador, la regulación del régimen de visitas se reduce a cuatro artículos, que no guardan correspondencia con uno de los derechos de supervivencia reconocidos a favor de los niños: el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos. El artículo 21 del Código de la Niñez y de la

---

<sup>80</sup> Demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015, párr. 36.

<sup>81</sup> Ibid, párr. 42.

Adolescencia establece que "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías."

Si bien la disposición citada habla de la necesidad de asegurar que los niños sean cuidados por padre y madre y mantengan con ellos relaciones afectivas permanentes, personales y regulares, la regulación del régimen de visitas desde su denominación reduce al no custodio a un mero visitante, que debe conformarse con esporádicos relacionamientos con su hijo.

El primer inciso del artículo 122 del Código establece algo necesario "En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija."

El segundo inciso señala: "Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra - familiar." Este inciso consagra una disposición a la que se ha dado sentidos interpretativos ajenos al espíritu de la disposición, por lo que es necesario dividir el análisis en dos partes.

Por un lado parecería razonable que se imponga una restricción para el acercamiento entre padre e hijo si esa relación ha estado marcada por la violencia en perjuicio del niño, sin embargo podrían solicitarse medidas de protección, como la boleta de auxilio, por supuesta violencia contra la custodia o custodio para obstruir vínculos y alejar a uno de los progenitores de su hijo.

El artículo 123 del Código establece la forma de regular el régimen de visitas en los términos que se transcriben a continuación:

Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios.

Al hacerlo sugiere que el carácter de las resoluciones de visitas no es definitivo, por lo tanto habla de fijación y modificación, lo que asegura la posibilidad de que ambos padres soliciten una modificación en cualquier momento, pues se trata de procesos que permanecen siempre abiertos.

Otro inconveniente que se ha creado con la interpretación y aplicación de esta disposición es que parecería que para la concesión de un régimen de visitas se debe acreditar el cumplimiento de sus obligaciones parentales, pretendiendo condicionar la generación del vínculo afectivo con el pago de las pensiones, olvidando que en la legislación por ejemplo no existe la figura de los alimentos voluntarios y, en ocasiones, la falta de pago de las pensiones alimenticias no responde a la falta de voluntad del padre para cubrir necesidades materiales de su hijo, sino a la falta de voluntad de la madre a recibir recursos para el efecto.

En cuanto a los informes técnicos como insumo para el juez, es razonable y necesario se recurra a profesionales como trabajadoras sociales, psicólogas y médicas para el estudio de las circunstancias que rodean cada caso y la valoración de padres e hijos.

### **3.3. Capacitación a los jueces de niñez que ingresaron en el año 2012.-**

Buena parte de la problemática en materia de niñez, puede ser atribuida al prejuicio presente en ciertos jueces y juezas, que resuelven los casos desde su mala experiencia personal o cercana y en los amplios márgenes de discrecionalidad conferidos a los jueces para interpretar el principio del interés superior del niño.

Para reducir ese ámbito de discrecionalidad, el Código de la Niñez diseñó un sistema de justicia especializada en donde el juez se apoye en informes generados por expertos de las Oficinas Técnicas.

En 2012, el Consejo de la Judicatura de Transición diseñó un programa de formación inicial dirigido a aspirantes de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y contravenciones<sup>82</sup>. La observación de inicio, a la denominación y alcance

---

<sup>82</sup> <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concurso101jueces/Presentacion%20del%20curso.pdf>

del programa: no pueden formar bajo el mismo esquema a jueces de contravenciones y a jueces de niñez y no pueden mezclarse contenidos relacionados con los derechos de las mujeres con los derechos de los niños. En primer lugar porque las mujeres no son parte de un grupo de atención prioritaria (solamente las mujeres en estado de embarazo), los niños sí. En segundo lugar, porque justamente esa perspectiva adultocéntrica, de resolver conflictos de niñez bajo una lógica de sobre protección a la madre, es la que reafirma prejuicios y estereotipos de los que el juez debería despojarse. Pensar que el género se reduce a abordar los derechos de la mujer, es perpetuar la desigualdad o simplemente propiciar la reversión de la situación de dominación. Pensar que para atender las necesidades de los niños, es necesario partir por la protección de la mujer, puede resultar razonable durante el embarazo y período de lactancia, más allá no, porque los niños son titulares de los derechos y sus dos padres, sin perder titularidad de sus derechos, son principalmente sujetos obligados.

Este Programa de formación se ejecutó en el marco de un convenio de colaboración interinstitucional entre el Consejo de la Judicatura de Transición y el Instituto de Altos Estudios Nacionales. Lo positivo es que está orientado a la formación inicial en calidad de aspirantes inclusive, formación continua y capacitación permanente. La observación que formulo es que los instructores debían provenir de distintas visiones, experiencia y formación. Identifico solamente abogados de dedicación exclusiva al campo de la investigación y docencia, cuando la formación de niñez requiere capacitación en el campo del Derecho procesal y sustancial.

Una de las etapas del programa es la etapa de formación inicial de perfil específico reservada para el estudio de los elementos teóricos que conforman el núcleo central de las materias de niñez y adolescencia y ofrecen que los candidatos conocerán y aprenderán las “doctrinas teóricas” del constitucionalismo y derechos humanos que inspiran el nuevo modelo de Estado ecuatoriano. Además: “estarán capacitados para manejar la armonía entre las normas y la psicología de las personas, así como dominar las técnicas de argumentación y el manejo de la oralidad en los procesos judiciales. Y finalmente, conocerán, analizarán y discutirán las normas nacionales e internacionales que rigen las áreas específicas de familia, mujer, niñez y adolescencia y de contravenciones.” Sin desconocer la importancia de abordar aspectos elementales del

Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que irradian al resto de ámbitos del Derechos, definitivamente se privilegiaron contenidos desviados de las herramientas prácticas que requiere un juez de niñez al momento de resolver.

### **3.4. Práctica judicial sobre regímenes de tenencia y visitas: estereotipos y prejuicios de la legislación, reafirmados y extendidos en la jurisdicción.-**

La Constitución de la República y los principios y derechos establecidos en el Código de la Niñez no son problemáticos. La dificultad se concentra en el conjunto de reglas especiales para la tenencia y las visitas de los hijos. Desde su denominación, hasta su aplicación en el ámbito judicial.

Un recurso útil en esta investigación, que podía complementar el análisis normativo, era tomar una muestra significativa de la actividad de los jueces especializados y extraer la parte motiva y resolutive de decisiones judiciales en tenencia y visitas para tener mayor claridad sobre el estado de la cuestión y poder identificar el origen del problema, si se encuentra en la configuración del Derecho o en su interpretación y aplicación, sin embargo el Consejo de la Judicatura no proporcionó expedientes judiciales, lo que dificultó el desarrollo de esta investigación. Y es que bajo el nuevo modelo de gestión en la administración de justicia se torna dificultoso acceder a información sobre expedientes judiciales, más aún relacionados con la niñez.

El 23 de diciembre de 2015, remití al Dr. Juan Francisco Marín, Director Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura dos requerimientos puntuales: acceder a diez expedientes judiciales de 2014 o, al menos a las resoluciones, en aquellos procesos en que los jueces hayan resuelto cambiar el régimen de tenencia a favor del padre y acceder a veinte resoluciones de regímenes de visitas concedidos a padres en el 2014. La respuesta me fue transmitida el 8 de junio de 2016, sin embargo en ella solamente me fue proporcionado el número de procesos por patria potestad, tenencia y visitas.

La información de Quito, en 2014, proporcionada por la Dirección de estadísticas y estudios jurimétricos del Consejo de la Judicatura, puede servir para constatar la cantidad de procesos que se inician anualmente por las materias objeto de estudio.

En 2014, en Quito se iniciaron 256 procesos por patria potestad. Se presentaron 647 demandas para solicitar el establecimiento de un régimen de visitas. Se registraron 538 procesos por "tenencia y custodia."

A partir de estos datos, se puede establecer que lamentablemente continúa privilegiándose la judicialización de los temas de niñez por sobre acuerdos en mediación y anteponiéndose las necesidades materiales por sobre las afectivas. Dos evidencias de lo anotado: para requerir la fijación de una pensión alimenticia, la custodia o custodio puede llenar un formulario, sin necesidad de presentar una demanda y sin patrocinio de abogado, para requerir la fijación de un régimen de visitas se precisa de una demanda y un abogado. Por otro lado, de conformidad con las reglas vigentes del Código de la Niñez y de la Adolescencia, tenencia y visitas son sustanciadas y resueltas en proceso ordinario de doble audiencia, mientras el proceso de alimentos se resuelve en audiencia única.

Analizaré dos resoluciones judiciales en materia de visitas (omitiremos los nombres de los padres y sus hijos), para ejemplificar la mala forma cómo se procesan y resuelven los conflictos entre progenitores, afectando a los hijos. El análisis de estos dos casos se centrará en verificar si los padres y los jueces cumplen con el artículo 21 del Código de la Niñez y de la Adolescencia que establece que "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías."

Las resoluciones sobre visitas y tenencia de los hijos deberían estar orientados a la satisfacción del derecho del hijo a mantener relaciones afectivas regulares con ambos progenitores, sin embargo como veremos a continuación no siempre existe la apertura y el diálogo necesario en esta relación para poder coordinar acciones y superar diferencias respecto a formas de cuidado o decisiones respecto a la vida, salud y crianza de los hijos.

En el **primer caso**, conocido y resuelto en el proceso de régimen de visitas No. 17203-2015-16015, el padre relata en su demanda que "la madre de mi hija no me deja verle actualmente sin motivo alguno pese a mis reiterados ruegos, incluso me ha

bloqueado toda comunicación con mi hija, hago conocer a su autoridad que antes yo le visitaba a mi hija ninguna novedad" y solicita "se fije un régimen de visitas adecuado conforme a la Ley" (conforme a la ley sería mantener una relación afectiva permanente y regular) y concretamente solicita "se me conceda las visitas a mi hijo cada quince días, desde el viernes a las 13h30 hasta el domingo a las 16h00. En relación a los feriados de carnaval, de semana santa, de navidad, día del padre, día de la madre, vacaciones escolares, las visitas deberán realizarse de manera alterna."

A la audiencia de conciliación no comparece la madre.

En la resolución solamente se menciona el informe único de la oficina técnica, sin referir su contenido.

El Juez en su resolución invoca los artículos principios de aplicación de los derechos constantes en el artículo 10 y 11 de la Constitución y los derechos de los niños, de los artículos 44 y 45 de la Constitución. Curiosamente agrega en su motivación el artículo 83, pero solamente el numeral 1, no cita el artículo 83 (16) de la Constitución que consagra la corresponsabilidad de madre y padre en cuidados y crianza, en igual proporción. También cita instrumentos internacionales sin justificar la pertinencia al caso. Finalmente "observando el interés superior del niño" resuelve aceptar el requerimiento del padre, quien podrá visitar a su hija cada quince días, en el horario solicitado en la demanda y días festivos, feriados y vacaciones de manera alternada.

Como se puede observar en este caso, algunos padres, residen cerca de sus hijos y curiosamente no buscan una relación afectiva permanente y regular y se resignan a ver a sus hijos cada quince días los fines de semana. Un padre que dedicará su tiempo a actividades recreacionales, cuando las necesidades de su hijo en el ámbito de salud y educación, entre semana, no han sido consideradas. Llama la atención la no comparecencia a audiencia de la madre. Finalmente el juez, aunque con deficiente motivación y con nula conexión de premisas fácticas, probatorias y normativas, resuelve aceptar la demanda.

En el **segundo caso**, resuelto en proceso especial No. 17203201515542, al resolver un recurso de apelación interpuesto por la madre de un niño de dos años, el padre manifestó:

(...) la madre de mi tierno hijo, no me permite verlo, usándole al mismo como escudo, increpándome que si no le deposito la plata de la pensión alimenticia, no me deja verlo, para lo cual

me ha sido imposible visitar a mi hijo menor de edad quien frisa actualmente dos años cinco meses de edad. Señor Juez, han sido varios meses aproximadamente, en que no he podido mantener ningún tipo de relación afectiva con mi hijo en una fragante violación a los derechos de los niños.

La justicia, antes de valorar la prueba aportada por las partes y practicada en juicio, hace bien en invocar el inciso segundo del artículo 115 de la codificación del Código de Procedimiento Civil, que señala que "el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas."

Entre los medios de prueba, se adjunta el informe psicosocial realizado dentro de un proceso judicial contravencional, en cuyas conclusiones se determina, en relación al progenitor:

(...) presenta rasgos personalidad Esquizotípico, los cuales pautan posibles patologías que requieren ser tratadas...rasgos marcados de agresividad, egocentrismo y conductas obsesivas..." así como se evidencian contradicciones en su actuar "...puesto que las lesiones, "accidentes" u otras conductas que ocurren cuando el niño se encuentra con la madre son sancionadas y etiquetadas como "negligentes", contrariamente si ocurren con el padre son normalizadas y marcadas como parte del proceso de "aprendizaje" ;

De otro lado con respecto a la madre y a su hijo:

(...) presenta rasgos de personalidad por evitación...se marcan conductas de ansiedad, tensión emocional y tristeza, las mismas que responden a situaciones percibidas como amenazantes a la integridad psicológica, las cuales se intensifican con la separación de su hijo..." y al realizar la exploración al niño ..., en lo principal "...En el área emocional se puede apreciar que el niño expresa un vínculo afectivo con ambos progenitores siendo más expresivo e intenso con la madre. Expresa angustia ante la separación con esta figura, situación que puede generar conflictos de tipo emocional.

En cuanto a la valoración de la prueba, la jueza se limita a decir lo siguiente:

De los recaudos procesales, se advierte el Informe Único, de la evaluación realizada a los progenitores, suscrito por la Trabajadora Social Lic. Silvy Basantes y la Psicóloga Jenny Chicaiza, integrantes de la Oficina Técnica de la Unidad Judicial Tercera Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito, que en lo pertinente en el capítulo de RECOMENDACIONES, dice "Tomando en cuenta las condiciones sociales y de atención al padre, su capacidad de cuidado medianamente adecuada, la relación paterno-filial y la etapa evolutiva del niño, las visitas podrán ser más frecuentes (2 a 3 veces por semana), pudiendo pernoctar alguna noche con el menor".

Se formula un exhorto a los padres: "Se conmina a (los padres) deponer actitudes y mantener una comunicación asertiva en beneficio del desarrollo de su hijo en común."

En la parte resolutive, los jueces exponen lo siguiente:

(...) los Juzgadores en atención a la corta edad del niño, quien cumplirá los 3 años de edad el 20 de mayo del 2016, advierte la necesidad de cambiar el régimen de visitas de la siguiente manera, el menor de edad será retirado del domicilio de la madre los días lunes y viernes de 15h00 a 18h00, y

los días sábados de 09h00 a 16h00, excepto el primer sábado de cada mes que permanecerá todo el fin de semana con su madre a fin de facilitar que la madre pueda realizar alguna actividad fuera de la ciudad.

Por lo expuesto el Tribunal de esta Sala de la Familia, Mujer Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores RESUELVE: Aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la accionada, se reforma la resolución subida en grado, estableciéndose otro horario de visitas (...).

Llaman la atención varios puntos. En primer lugar, debe mencionarse como antecedente de este caso que se trata de un padre que "visitaba" todas las semanas de lunes a sábado a su hijo, por acuerdo entre progenitores. Solicitó un "régimen de visitas" y el juez lo fijó de la siguiente manera: "recogerá a su hijo, del hogar materno o dónde se encuentre y deberá entregar al niño a su madre en el hogar materno, los días lunes, miércoles y viernes en el horario de 15h00 a 18h00; y, los días sábados de 09h00 a 16h00."

El padre quería continuar con esa relación permanente y regular con su hijo, sin embargo la jueza fijó un régimen de visitas muy por debajo de su pretensión.

En segundo lugar, durante sus visitas, el padre observó negligencia y desatención a su hijo, atribuibles a su madre y abuela materna, lo que motivó que solicite una medida de protección a favor de su hijo. Aquello acentuó los conflictos. El proceso judicial contravencional al que se refiere la resolución justamente se originó en esa solicitud de medida de protección.

El caso en relato reafirma la urgencia de impulsar cambios normativos conjuntamente con políticas públicas que promuevan la derivación de las causas de visitas y tenencia a mediación, con el fin de procesar mejor los conflictos entre adultos para precautelar el interés superior de los hijos.

Por otro lado, es importante que los jueces consideren tres estándares relevantes al resolver una causa de niñez en el marco de la mal llamada "tenencia" o de las mal llamadas "visitas": prolijidad en el manejo del acervo probatorio, necesidad de celeridad y obligación de motivar.

Considerando la importancia de la celeridad en estos procesos, con la vigencia plena del Código Orgánico General de Procesos en los próximos días, tendremos las siguientes reglas procesales para la sustanciación y resolución de casos de niñez:

Cautión: de conformidad con el artículo 27 segundo inciso del COGEP, en materia de niñez y adolescencia no hay cautión.

Incompetencia del juzgador: según el artículo 29 del COGEP en procesos de niñez y adolescencia, la incompetencia del juzgador podrá alegarse únicamente como excepción.

Fijación provisional de régimen de visitas: de acuerdo al artículo 146 tercer inciso del COGEP, el juez en el auto de calificación de la demanda, fijará provisionalmente el régimen de visitas.

Contestación: de conformidad con el artículo 151 quinto inciso del COGEP, en materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará al actor, que en tres días podrá anunciar prueba nueva. Según el artículo 333 (3) del COGEP, se tendrá un término de diez días para contestar la demanda y la reconvenición (cinco días menos que la regla general).

Audiencia: El artículo 260 concede al juez cinco días menos para convocar a audiencia (diez días). De acuerdo al artículo 333 (4) del COGEP, en materia de niñez y adolescencia la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.

Recurso de apelación: La regla general establece que este recurso se fundamentará por escrito dentro del término de diez días de notificado (salvo el recurso con efecto diferido). La regla especial en niñez y adolescencia, contenida en el artículo 257 segundo inciso del COGEP es que se fundamentará en el término de cinco días. Para contestarlo, el artículo siguiente reduce el término de diez días a la mitad.

En la casuística de las altas Cortes, se pueden identificar ciertos patrones de pensamiento y resolución en los jueces de mayor jerarquía, que pueden replicarse en los jueces especializados de la niñez de primera y segunda instancia.

La Corte Nacional de Justicia, al pronunciarse sobre un requerimiento de restitución de la niña Ariana Nicole Ullauri Tobar y rechazar por improcedente la petición para su restitución internacional, se pronunció sobre lo que denominó "el derecho de custodia" y señaló que "se identifica plenamente, con el concepto de cuidado, porque su ejercicio comprende las decisiones de las madres y los padres en torno a la formación integral de los y las hijas (...) El hecho de que la madre resida en España no

afecta el ejercicio del derecho de custodia pues este derecho “no está inseparablemente ligado a una relación de estable convivencia con el hijo.”<sup>83</sup>

A pesar de que la decisión de la Corte Nacional parecería sustentarse en descartar las pruebas aportadas al proceso y valoraciones estereotipadas, que no se enfocan en el ejercicio de la maternidad, no es menos cierto que también reproduce concepciones preocupantes y extendidas en la administración de justicia, a todo nivel, que validan un ejercicio de la maternidad caracterizado por una inestable convivencia, que no toma en cuenta la figura del padre. Este criterio de la Corte Nacional de Justicia, como vimos anteriormente, ha sido compartido por la Corte Constitucional. Las más altas Cortes del país con patrones reflexivos permisivos con la madre y rigurosos con el padre, que perpetúa el trato diferenciado entre padres y madres.

En todo caso, es importante que al menos se exijan dos estándares al resolver una causa de niñez en el marco de la mal llamada "tenencia" o de las mal llamadas "visitas": la necesidad de celeridad y la necesidad de motivar.

Sobre la celeridad y diligencia en el despacho de procesos administrativos y judiciales de niñez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.<sup>84</sup>

La Corte Constitucional, que carece de competencia para realizar valoraciones de fondo respecto a normativa especializada de niñez (salvo que haya advertido la violación de un derecho constitucional o una incompatibilidad normativa con la Constitución, que no es el caso) ha motivado su sentencia de acción extraordinaria de protección en la interpretación y aplicación de una regla infraconstitucional para conferir la tenencia:

Igualmente, la jueza de instancia en su fallo desconoce lo previsto en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando se determina que en caso de falta de acuerdo de los progenitores para confiar la patria potestad, el cuidado de los hijos que no han

---

<sup>83</sup> Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Jueza ponente: Rocío Salgado Carpio, Resolución No. 043-2014, Juicio especial No. 158-2013 (Recurso de Hecho) que sigue Sara Oviedo Fierro, Secretaría Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra Xavier Tobar Cajas y otros, de 28 de febrero de 2014, párr. 3.1.

<sup>84</sup> Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 51.

cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija. Además, de no considerar que en el caso de que ambos progenitores demuestren iguales condiciones se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija. En el caso concreto, no ocurrió, conforme se señaló en líneas anteriores, puesto que si la jueza, a su entender, estimó que encargar la tenencia a la madre ocasionaba un perjuicio a los derechos de la niña, debió demostrar o sustentar su afirmación en hechos relevantes (conducta de los padres, edad de la niña, medio familiar, lazos afectivos) y no únicamente basarse en que el entorno del padre ofrece mejores condiciones. En este sentido, "es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre [...] Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos."<sup>85</sup>

En un caso más reciente, la Corte Constitucional, al resolver una demanda de acción extraordinaria de protección originada en un proceso judicial de tenencia de una hija<sup>86</sup>, reafirma esta línea jurisprudencial y toma un burdo atajo para justificar su decisión: orientar su motivación hacia el derecho a migrar como razón suficiente para justificar el incumplimiento por parte de una madre de las labores de cuidado de una niña. Inicia explicando que "El contexto jurídico en virtud del cual gira este proceso judicial, se centra en que el legitimado activo consideró que la falta o ausencia de su cónyuge del hogar, es justificación suficiente para solicitar la tenencia de la hija de ambos, puesto que le impide a ella cumplir sus obligaciones en calidad de madre."

Continúa, anunciando su intromisión en asuntos ajenos a su competencia e invocando una evidente inconstitucional disposición del Código de la Niñez: "La Corte Constitucional, sin ingresar a calificar la actuación judicial de la jueza de primera instancia que concedió la tenencia al legitimado activo, pero como guardiana de los derechos constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, evidencia que la hija de los litigantes, a la fecha de la resolución judicial dictada el 04 de noviembre de 2009, no cumplía 12 años, por ende, la jueza, en base a las circunstancias concurrentes del caso concreto, tenía obligatoriamente que observar, por remisión expresa del artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, lo previsto en la regla 2 del artículo 106 íbidem, la misma que ante "[l]a falta de acuerdo de los progenitores (...) la patria potestad de los

---

<sup>85</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 021-11-SEP-CC, caso No. 0317-09-EP, de 01 de septiembre del 2011, 16 y 17.

<sup>86</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de 11 de marzo del 2015.

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".

Lo más grave de esta sentencia de la Corte Constitucional, además de entrar en valoraciones de fondo que no le correspondían, radica es que avala la negligencia en los cuidados y desconoce una disposición fundamental: la que obliga a los padres cuidar de sus hijos de manera permanente y regular. La Corte Constitucional observó que los jueces de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas "no encontraron procesalmente ningún medio probatorio tendiente a demostrar que la conducta de la madre pudiera perjudicar gravemente los derechos y garantías de su hija" para que existiese, por parte del juez la necesidad de ubicarla en un ambiente más adecuado en el que no sufriera peligro a su integridad física o moral. Al contrario, lo único que se manifestó reiteradamente fue la ausencia de la madre del hogar que, por motivos de trabajo, debía salir por temporadas, sin que esta medida, bajo ningún concepto, afectara el núcleo familiar de la menor, compuesto desde siempre por sus dos hermanos maternos y, además, por su tía materna, quien quedó al cuidado de ella.<sup>87</sup>

Como se puede observar, en las sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con niñez, existe un apego a la interpretación gramatical de las disposiciones legales al momento de motivar las resoluciones y sentencias, por lo que puedo advertir que el inicio de los cambios debe producirse en el ámbito legislativo. Se recomienda cambiar la legislación de niñez, bien reformando o expidiendo un nuevo Código de la Niñez y Adolescencia y de manera complementaria es necesario adoptar otras acciones, como ser más rigurosos en la forma de selección de los jueces de niñez y de quienes integran el personal de la Oficina técnica de las unidades de familia.

---

<sup>87</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de 11 de marzo del 2015, 29-31.

## CONCLUSIONES

- Sobre el tratamiento de los regímenes de "visitas" y "tenencia" de los hijos se registran nudos críticos en el debate social, en el debate legislativo, en el debate de las cortes. Este debate ya se produjo en otros países y resultó complejo.
- La doctrina contemporánea y ahora nuestra Constitución reconocen diversos tipos de familia y el reconocimiento es amplio y no solo parecería cubrir a las familias monoparentales, sino a familias con una dinámica más compleja, como por ejemplo las familias como están estructuradas en comunidades indígenas.
- Aunque complejo, es un debate ineludible que exige incentivar a los asambleístas a valorar la conveniencia de incorporar la custodia compartida en nuestra legislación y a nuestros jueces a valorar la conveniencia de disponerla como primera opción, cuando resulte beneficioso para el hijo.
- A diferencia de otras instituciones que son desarrolladas a detalle en una Constitución que se caracteriza por ser reglamentaria, la configuración de los derechos constitucionales a favor de los hijos es vaga e imprecisa, solo enuncia el derecho de cuidado de los hijos, sin hacer señalamientos sobre su contenido y alcance. Es necesario reconfigurarlo.
- Entre los principios constitucionales que orientan el Derecho de familia se encuentra el de la corresponsabilidad parental. Uno de los deberes de los habitantes del territorio ecuatoriano es la responsabilidad compartida en crianza y manutención de los hijos. El problema, en consecuencia, no es la falta de derechos, principios o deberes, es la falta de correspondencia entre ellos y las reglas que regulan las mal llamadas tenencia y visitas. Hay que enfrentar esas incompatibilidades normativas, con un proceso de reforma normativa.
- En la Constitución del Ecuador se pueden encontrar claras disposiciones constitucionales sobre la corresponsabilidad parental que podrían derivar en la reformulación del desarrollo legislativo sobre la materia, que ha subestimado la importancia del derecho de cuidado de los hijos, reservando únicamente cuatro artículos para la regulación del régimen de visitas y un limitado articulado para regular la tenencia, confundiéndola, por cierto, con la patria potestad. Se ha

constatado la necesidad de revalorizar el derecho de cuidado de los hijos, incorporando nuevas reglas en materia de custodia y convivencia familiar.

- Al momento de decidir sobre las "visitas" y "tenencia" de los hijos, lo más relevante para el juez debe ser el examen de las circunstancias específicas del caso concreto, lo que incluye la valoración de los medios de prueba y no solo la voluntad sino la demostración de un ejercicio de la paternidad orientado a asegurar el derecho de cuidado de los hijos. Es importante no perturbar su desarrollo físico y emocional en las distintas etapas de crecimiento con prácticas nocivas como la obstrucción de vínculos, la alienación parental o el conflicto constante con el otro progenitor.
- Es necesario dar paso a la construcción de nuevas masculinidades que reconozcan a padres con capacidades afectivas, antes que con el mero afán de ejercicio de la autoridad parental.
- En el Derecho comparado es posible encontrar referentes importantes en el ámbito legislativo y jurisprudencial sobre la corresponsabilidad parental y la custodia compartida para viabilizar su aplicación aunque no exista acuerdo entre los padres. Estos referentes podrían servir para reformular nuestro Derecho de niñez en materia de tenencia y visitas de los hijos. La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sido enfática al recordar que la separación de los padres, no los exime de sus obligaciones para con sus hijos. El Tribunal Supremo de Justicia de España considera que para la adopción del régimen de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino habilidades de los padres para el diálogo, que se pueden desarrollar, que no se registran necesariamente de inicio, con una comunicación fluida en el marco de un régimen acordado de custodia compartida, sino a partir de una orden judicial que puede forzar acuerdos, que pueden ser el inicio que abra una nueva etapa, para que con el tiempo fluyan de manera espontánea. Las ventajas de la custodia compartida las ha descrito este Tribunal, que registra los más avanzados referentes en la materia. Finalmente la reforma reciente en el Perú será de una influencia determinante en la reconfiguración de las reglas sobre la custodia exclusiva o compartida: el juez

considerará otorgar la custodia a quien mejor garantice el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor.

- En el Ecuador no solo es necesario adecuar nuestra legislación sobre tenencia y visitas de los hijos a la Constitución de la República, además es necesario reforzar la capacitación a los jueces para que, aún sin un desarrollo legislativo compatible, se aplique directamente la Constitución y la paternidad y la maternidad dejen de ser una opción y se asuma como una obligación, que implica igual involucramiento del padre y madre al momento de cubrir necesidades materiales y afectivas de sus hijos.
- Para asegurar una mejor interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales y legales sobre "corresponsabilidad parental en cuidado y crianza, visitas y tenencia" y lograr una práctica judicial apegada a los lineamientos constitucionales de la corresponsabilidad parental, es necesario revisar los programas de capacitación a los jueces, reformular los contenidos de los módulos y suministrarles no solo fundamentos teóricos sobre generalidades, no solo aspectos teóricos sino herramientas procesales, relacionadas por ejemplo con los medios probatorios y valoración de la prueba en el Derecho de niñez y revisión de los estándares internacionales.
- Es necesaria la incorporación de la custodia compartida (ahora también denominada "crianza alternada") como primera opción para hacer efectiva la corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos, en igual proporción. Esta opción debe estar sujeta a valoración en cada caso, su conveniencia deberá sustentarse en informes técnicos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y artículos

- Alascio Carrasco, Laura, La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010. (Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, 2011).
- Cataldi, Myriam, La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-noci%C3%B3n-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-Myriam-M.-Cataldi.pdf>
- Cillero Bruñol, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Disponible en: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf).
- Corral Talciani, Hernán, “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, No. 3 (Septiembre - Diciembre 2005), pp. 429-438, (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005). Disponible en: URL: <http://www.jstor.org/stable/41614071>
- Craig, Lyn y Constantino Reyes, Julia, ¿El cuidado paterno significa que los padres comparten? Una comparación de la manera en que los padres y las madres de familias intactas pasan tiempo con sus hijos e hijas. *Debate Feminista*, Vol. 44 (México, Metis Productos Culturales S.A., 2011). Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625564>.
- Cook, Rebecca & Cusack, Simone, Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales. (University of Pennsylvania Press, 2009).
- Ehrensaft, Diane, *Las feministas pelean contra (por) padres*, *Debate Feminista*, Vol. 6, (México, Metis Productos Culturales S.A., 1992). Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625653>.
- Ferreyra De De la Rúa, Angelina, "Aspectos Procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas", en *Revista de Derecho Procesal*, II. (Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzon, 2002).

- Gómez, Victoria, *El debate en torno a la regulación de la igualdad de género en la familia*, en *Revista Política y Sociedad*, 2008, Vol. 45 Núm.2, Departamento de Ciencia Política y Sociología, Universidad Carlos III de Madrid, p. 14, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2880772>
- Huaita Alegre, Marcela, "Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña", en *Género y Derecho*, (Santiago de Chile, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, LOM Ediciones, 1999).
- Kershaw, Paul y Bernal, Gloria Elena, *Carefair: el cuidado equitativo. Entre la capacidad de elegir, el deber y la distribución de responsabilidades*, *Debate Feminista*, Vol. 44 (octubre 2011). Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625563>.
- Lapuerta, Irene, ¿Influyen las políticas autonómicas en la utilización de la excedencia por cuidado de hijos?, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 141 (Enero-Marzo 2013). Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23646621>.
- Lepin Molina, Cristián, "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, No. 2 (mayo-agosto 2013). (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013). Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23729624>.
- Lyn Craig y Julia Constantino, ¿El cuidado paterno significa que los padres comparten? Una comparación de la manera en que los padres y las madres de familias intactas pasan tiempo con sus hijos e hijas, *Debate Feminista*, Vol. 44, (México, Metis Productos Culturales S.A., 2011). Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/42625564>.
- Montaña Virreira, Sonia y Calederón Magaña, Coral (coordinadoras), *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*. (Santiago, CEPAL, Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer, 2010).
- Montesinos, Rafael, La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/726/72620409.pdf>.

- Laura Pautassi y María Nieves Rico, Licencias para el cuidado infantil. Derecho de hijos, padres y madres en: UNICEF, *Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (UNICEF, 2011).
- Rodríguez Pinto, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n3/art05.pdf>
- Simon Campaña, Farith, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2014).
- Valdés, Ximena, “Notas sobre la metamorfosis de la familia en Chile”, en memorias de la *Reunión de Especialistas Futuro de las familias y desafíos para las políticas públicas*, (Santiago, CEPAL, 2007). Disponible en: <http://chitita.uta.cl/cursos/2011-1/0000439/recursos/r-15.pdf>.
- Wainerman, Catalina, *Padres y maridos: Los varones en la familia*, ponencia presentada en el Seminario "Men, Family Formation, and Reproduction, organizado por el Comité de Género y Población de la International Union for the Scientific Study of the Population (IUSSP) que tuvo lugar en Buenos Aires en Mayo 13-15, 1998. Disponible en: <http://www.catalinawainerman.com.ar/pdf/Padres-y-maridos-Los-varones-en-la-familia.pdf>.
- Wainerman, Catalina, *División del trabajo en familias de dos proveedores, relato desde ambos géneros y dos generaciones*, ponencia presentada en el congreso de la (Chicago, Latin American Studies Association, 1998), p. 161, disponible en: <http://www.catalinawainerman.com.ar/pdf/La-division-del-trabajo-en-familias-de-dobles-proveedores.pdf>
- Villagrasa Alcaide, Carlos, La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades, en: Teresa Picontó Novales (editora), *La custodia compartida a debate*. (Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2010).

- Demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez fue demandada por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015.

#### **Normativa nacional**

- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Código de la niñez y la adolescencia de Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 737, de 3 de enero de 2003.

#### **Normativa comparada**

- Constitución Política de la República de Chile, disponible en: [https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf).
- Constitución de la República Argentina, disponible en: <http://www.senado.gov.ar/deInteres>.
- Constitución de España, aprobada por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre del mismo año (Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). Disponible en: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>.
- Ley No. 26061 de Argentina, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada: septiembre 28 de 2005. Promulgada: octubre 21 de 2005.
- Código de la niña, niño y adolescente, Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley No. 548, de 17 de julio de 2014.

#### **Jurisprudencia nacional**

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 021-11-SEP-CC, caso No. 0317-09-EP, de 01 de septiembre del 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de 11 de marzo del 2015.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Jueza ponente: Rocío Salgado Carpio,

Resolución No. 043-2014, Juicio especial No. 158-2013 (Recurso de Hecho) que sigue Sara Oviedo Fierro, Secretaría Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra Xavier Tobar Cajas y otros, de 28 de febrero de 2014.

### **Jurisprudencia comparada**

- Tribunal Supremo de Justicia de España, Sentencia No. 576/2010 del de 1 de octubre de 2010, Sala Primera de lo Civil.
- Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, Sentencia No. 758/2013, caso No. STS 5710/2013, Recurso No. 2637/2012, Juez Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, Sentencia No. 9/2016, caso No. STS 149/2016, Recurso No. 2205/2014, Juez Ponente: José Antonio Seijas Quintana.
- Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Civil, Sentencia de 16 de febrero de 2015, No. de Recurso: 890/2014, No. de Resolución: 96/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/92, p. 34, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-523-92.htm>.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia, de 31 de febrero 13 de 1989. Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Primera Sala, Amparo directo en revisión No. 754/2009.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Primera Sala, Amparo directo en revisión No. 1573/2011.

### **Decisiones internacionales**

- Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

- Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.
- Corte IDH, caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- CIDH, Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia, cuidado alternativo, poniendo fin a la institucionalización en las Américas, 17 octubre 2013, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (13° período de sesiones, 1994).