

**Cuidado de los hijos: Un análisis
normativo según el Derecho Constitucional**

**Childcare: A normative analysis
according to Constitutional Law**

Angel Teodoro Naranjo-Estrada¹
Universidad Estatal de Bolívar - Ecuador
anaranjo@ueb.edu.ec

Wasington Javier Bazantes-Escobar²
Universidad Estatal de Bolívar - Ecuador
wbazantes@ueb.edu.ec

Edgar Marcelo Del Salto-Villavicencio³
Universidad Estatal de Bolívar - Ecuador
zagadelsvmr@yahoo.es

doi.org/10.33386/593dp.2022.5-1.1100

V7-N5-1 (sep) 2022, pp. 374-387 | Recibido: 19 de marzo de 2022 - Aceptado: 29 de agosto de 2022 (2e ronda rev.)

1 Doctor en Jurisprudencia y Abogado de Tribunales de Justicia

2 Doctor en Jurisprudencia y Abogado de Tribunales de Justicia

3 Abogado de Tribunales de Justicia

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

La investigación inició 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 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. Para complementar el análisis crítico del Derecho ecuatoriano, 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.

Palabras clave: Derecho comparado; Custodia; Código de la niñez; Jurisprudencial; Código

ABSTRACT

The research began with relevant conceptualizations, reviews the content and scope of comparative law provisions that contemplate the figure of shared custody and its application in justice to finally make visible the normative incompatibility between the Constitution and the Children's Code and identify the need for reforms that include the incorporation of the shared custody regime in Ecuadorian legislation and thus make effective the principles and rights of the Constitution of 2008 and the Children's Code of 2003. This research is based on a qualitative study, as it emphasizes the normative and jurisprudential analysis and investigates the meaning of certain core concepts that allow understanding the foundations of the right to care and the need to adapt our Code to constitutional principles that could make its enforcement feasible. The theoretical perspective used nourishes the critical analysis of national and comparative law and starts from a gender-based analysis, since it contains questions to those provisions of the legislation configured based on gender stereotypes. To complement the critical analysis of Ecuadorian law, a review of judicial decisions was proposed, although it was not possible to access a significant number of them, which would allow a representative sample of judicial actions to be taken.

Palabras clave: Comparative law; Custody; Children's code; Jurisprudence; Code; Code

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 (Maldonado et al., 2022). 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? (Barros & Guerra, 2021)

El Estado reconoce y garantiza el cuidado desde la concepción (Barría et al., 2022). Los niños tienen derecho a disfrutar de la convivencia familiar (Duque et al., 2022). 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 (Cavalcanti, 2020). El artículo 83 (16) de la Constitución recalca en una corresponsabilidad de madre y padre, en igual proporción (Cedeño, 2022). 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 (Barría et al., 2022). 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 (Fuentela, 2022).

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 (Barros, 2021). 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 (Guevara, 2022). 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 (Duque et al., 2022).

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 (Islam, 2022). 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 (Klimashevskaya et al., 2021).

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

El interés superior del niño, tipos de familia, igualdad de género y corresponsabilidad parental en cuidado y crianza de los hijos

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).

Hay quienes sostienen que su forma de consagración evita una interpretación y aplicación uniforme (Maldonado et al., 2022). 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 (Mauraina et al., 2021). Sin dejar de observar la estructura característica de las disposiciones constitucionales de reconocimiento de derechos, generalmente principios de textura abierta, es importante dotar al principio del interés superior del niño de parámetros más objetivos como los estableció Argentina y España (Toledo, 2021).

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” 3 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 (Peláez, 2022).

Klimashevskaya et al., (2021) 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:

La opinión del niño.

La identidad del niño.

La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.

Cuidado, protección y seguridad del niño.

Situación de vulnerabilidad.

El derecho del niño a la salud.

El derecho del niño a la educación.

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

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 (Mauraina et al., 2021).

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 (Tripathi, 2022).

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 (Puchaicela, 2020). En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

En el Derecho ecuatoriano, a pesar de ser recurrente la invocación de este principio al resolver las causas de niñez, se visualiza con preocupación que la vaguedad de su reconocimiento, ha otorgado a los jueces un amplio y preocupante margen de apreciación para darle contenido (Mauraina et al., 2021). Un esfuerzo por establecer parámetros para su interpretación y aplicación se registra en la Corte Constitucional (Corte Constitucional del Ecuador, 2021). Lo preocupante fue que invocó este criterio doctrinario poco vigente, con una perspectiva adulto-céntrica 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 (Corte Constitucional del Ecuador, 2021a; Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

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 (Maldonado et al., 2022). 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.

Concepto de familia y sus tipologías

Guevara & Ramírez, (2022) 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).

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 (Rasikh, 2022).

En el plano fáctico, los datos sobre los tipos de familia levantados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC, 2010) 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 (Ribeiro, 2022).

De acuerdo con el censo de 2010, el INEC tabuló las siguientes cifras: la media 76,2% son jefes de hogar (73,6% en el 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). 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 (Toledo, 2021). Es importante formular políticas públicas orientadas a promover la corresponsabilidad parental que acompañen a los cambios normativos para cambiar esta realidad

Igualdad de género, coparentalidad y ejercicio compartido de función parental de crianza y cuidados de los hijos

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 incursos

en tal situación (Roghină, 2022). 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 (Rouxinol, 2022).

Barría et al., (2022) 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.

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.” 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 (Maldonado et al., 2022). 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.

Sudika, (2021) 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”

Prevalencia de derechos de niños, sus derechos especiales

Barría et al., (2022) 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. 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.

Derecho de cuidado de los hijos: vaguedad del reconocimiento constitucional, y ausencia de interpretación jurisprudencial

En la Constitución vigente del Ecuador existen cuatro disposiciones que aluden al cuidado de los hijos, pero no son suficientes (Franco, 2020). 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 (Puchaicela & Torres, 2020). 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 (Cavalcanti, 2020).

Los elementos a considerar al configurar el derecho de cuidado de los hijos serán:

Titularidad del derecho: hija o hijo.

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 extracurriculares y lugares de recreación.

Sujetos obligados: sus padres serán los obligados principales. Sus abuelos y tíos paternos y maternos serán los obligados subsidiarios.

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.

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

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 (Tripathi, 2022). La Constitución de España de 1978, 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 (Tonnessen, 2019).

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 (Usquiano, 2022).

Derechos de los niños a ser protegidos de conformidad con los estándares exigidos en los instrumentos internacionales (numeral 4) (Winarni, 2018).

En Chile, llama la atención que en el catálogo de derechos de su Constitución Política⁵¹ 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) (Sudika, 2021). 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 (Islam, 2022).

La evolución legislativa del derecho de cuidado en el Derecho Comparado de la niñez

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 (Winarni, 2018).

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.” (Rasikh, 2022).

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 (Franco & Teherán, 2020). 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)

En Argentina, se expidió la Ley No. 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes⁵⁴ 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. 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 (Tripathi & Priya, 2022).

Peláez & Usquiano, (2022) 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.”

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 (Tonnessen, 2019).

En el artículo 40 del Código del Niño de Bolivia encontramos una disposición muy similar al artículo 21 de nuestro Código de la niñez: “Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones personales y contacto directo con su madre y padre, aun cuando exista separación entre ellos, salvo que esto sea contrario a su interés superior.” (Islam, 2022). 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 (Franco, 2020). 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) (Maldonado et al., 2022). 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 (Roghiná, 2022).

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 (Franco, 2020). 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 (Rouxinol, 2022). 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 (Barría et al., 2022). 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 (Maldonado et al., 2022).

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 (Teherán, 2020).

El derecho de cuidado de los hijos, visitas y la custodia compartida en la jurisprudencia comparada

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 (Cedeño, 2022). 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 (Maldonado et al., 2022).

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 (Barría et al., 2022). 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 (Duque et al., 2022).

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

Marco constitucional sobre paternidad y maternidad

Fuentela & Espinosa, (2022) 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.

Barros & Guerra, (2021) 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.

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

En el Código de la Niñez del Ecuador, las reglas para confiar la mal denominada “tenencia” de los hijos, tienen, en apariencia, esa orientación (Duque et al., 2022). 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 (Tonnessen, 2019). 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 (Mauraina et al., 2021) as stated in Article 20 letter e of the Regulation of the Minister of Social Affairs of the Republic of Indonesia Number 110/HUK/2009. In this research journal, we would discuss the issue of Child Adoption by Non-Marriage Person. This study focuses on normative legal research that examines the content of legislation. This legal research was conducted with two approaches consisting of a statutory approach and a conceptual approach. Researchers would find ideas that provide legal understanding, legal concepts, and legal principles. This research concludes that adoption could be carried out by married couples and non-married person/single parent. It is referred to Government Regulation Number 54 of 2007 concerning Adoption of Children. This regulation is reinforced by the issuance of Circular Letter of the Supreme Court (SEMA).

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.”⁷⁴ 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 (Ribeiro, 2022).

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 (Guevara, 2022). 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.

Práctica judicial sobre regímenes de tenencia y visitas: estereotipos y prejuicios de la legislación, reafirmados y extendidos en la jurisdicción

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 (Mauraina et al., 2021). 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.

Maldonado et al., (2022) 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 (Peláez, 2022).

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 (Duque et al., 2022; Fuentela & Espinosa, 2022).

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.

Referencias bibliográficas

- Barría, M., Sánchez, G., Gauché, X., Fuentalba, P., Bustos, C., Pérez, N., Sanhueza, C., Santana, D., & Domínguez, Á. (2022). Cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en caso de separación de los padres en Chile: desde el cuidado único de la madre hasta la custodia compartida. In *Revista de Derecho Privado* (Issue 43). <https://doi.org/10.18601/01234366.43.05>
- Barros, J., & Guerra, M. (2021). La adopción homoparental en el Ecuador. Análisis desde una mirada constitucional. *FIPCAEC Revista Científica de Ciencias Económicas y Empresariales*, 6(4), 278–298.
- Cavalcanti, M., & Trestegge, M. (2020). The Covid-19 Emergency in The Netherlands : a Constitutional Law Perspective. *DPCE Online*, 19(7), 1691–1710. <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977>
- Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo Del Conocimiento*, 7(4), 930–954. <https://doi.org/10.23857/pc.v7i4.3867>
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 021-11-SEP-CC, caso No. 0317-09-EP, de 1 de septiembre del 2011, 11 y 12, (Corte Constitucional del Ecuador, 2011).
- Duque, M., Cardona, J., & Hernández, M. (2022). Desistimiento tácito en procesos ejecutivos de alimentos y Vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. *Universidad Cooperativa de Colombia*, 5(3), 1–21.
- Franco, J., & Teherán, M. (2020). Análisis Crítico Respecto a la Adquisición de Derechos Sucesorales por Hijos de Crianza en el Ordenamiento Territorial. *Revista Saberes*, 13(2), 57–62. <https://doi.org/10.25213/1794-4384/1302.0007>
- Fuentela, B., & Espinosa, M. (2022). Revisión de las legislaciones en el Ecuador en materia de custodia compartida de niños y adolescentes, un análisis de la literatura. *Revista Científica Arbitrada Multidisciplinaria pentaciencias*, 4(3), 27–41.
- Guevara, V., & Ramírez, J. (2022). Maltrato infantil: Un análisis jurídico y social en la legislación ecuatoriana. *Revista científica dominio de las ciencias*, 8(1), 634–654.
- Islam, M. (2022). Exploring the Success Factors of Project Management. *American journal of economics and business management*, 5(7), 64–72.
- Klimashevskaya, O., Studnikov, P., & Poznyakov, P. (2021). Analysis of Russian legislation from the point of view of gender asymmetry. *Revista Amazonia Investiga*, 10(39), 86–93. <https://doi.org/10.34069/ai/2021.39.03.8>
- Maldonado, J., Quiñonez, B., Santillán, J., & Acurio, G. (2022). La corresponsabilidad económica de niñas, niños y adolescente. *Universidad y Sociedad Revista Científica de La Universidad de Cienfuegos*, 14(3), 280–290.
- Mauraina, G., Pratiwi, A., & Purnama, D. (2021). Child Adoption By Unmarried Person in the Indonesian Civil Law System. *Cepalo*, 5(2), 141–156. <https://doi.org/10.25041/cepalo.v5no2.2390>
- Peláez, D., & Usquiano, A. (2022). Riterios prevaecientes en el otorgamiento de la custodia y cuidados personales de los hijos menores a alguno de los padres en Colombia. *Universidad autonoma latinoamericana facultad de derecho*, 8(5), 3–54.
- Puchaicela, C., & Torres, M. (2020). Evolución normativa de la familia en el Ecuador frente a los Derechos Humanos. *Revista Espacios*, 41(25), 11. <https://www.>

revistaespacios.com

Constitucional del Ecuador, 2021)

- Rasikh, M. (2022). Role of india for enforcement of international human rights. *Indian Journal of Law and Legal Research*, 4(1–54).
- Roghină, R. (2022). Society and Law During the SARS-CoV-2 Health Crisis – Legal Thinking Issues and Normative Syntheses. *Journal of Legal Studies*, 29(43), 154–170. <https://doi.org/10.2478/jles-2022-0010>
- Rouxinol, M., & Ribeiro, A. (2022). Gender discrimination (particularly) in wage matters: An analysis of the decision on the merits from the European Committee of Social Rights, University Women of Europe. In *Lex Social: Revista de Derechos Sociales* (Vol. 12, Issue 1). <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6442>
- Sudika, D., & Yuliantini, P. (2021). Legal Protection Of Women And Children In Buleleng District. *South East Asia Journal Of Contemporary Business, Economics and Law*, 24(3), 41–46.
- Toledo, D., & Ochoa, F. (2021). Derechos fundamentales y criminalidad cibernética en niños, niñas y adolescentes: análisis para la no indefensión de la víctima. *FIPCAEC Revista Científica de Ciencias Económicas y Empresariales*, 6(4), 336–363.
- Tønnessen, L. (2019). Women at work in Sudan: Marital privilege or constitutional right? *Social Politics*, 26(2), 223–244. <https://doi.org/10.1093/sp/jxz011>
- Tripathi, S., & Priya, L. (2022). Interpretation of mental health and rehabilitation with laws related to children with disability. *Ugc care approved journal*, 31(2), 255–262.
- Voto concurrente – voto salvado, Sentencia No. 28-15-IN/21 caso No. 28-15-IN, de 24 de noviembre del 2021 (Corte