

**CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN ECUADOR: ANÁLISIS JURÍDICO DEL
DEBER COMPARTIDO Y PRÁCTICA DESIGUAL
PARENTAL CO-RESPONSIBILITY IN ECUADOR: LEGAL ANALYSIS OF SHARED
DUTY AND UNEQUAL PRACTICE**

Autores: ¹Fátima Liseth Briones Chávez y ²Israel Antonio Cruz Marte.

¹ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-5945-1636>

²ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8399-7613>

¹E-mail de contacto: e1350849798@live.ulead.edu.ec

²E-mail de contacto: israel.cruz@uleam.edu.ec

Afiliación: ¹²Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, (Ecuador).

Artículo recibido: 2 de Agosto del 2026.

Artículo revisado: 4 de Agosto del 2026.

Artículo aprobado: 4 de Agosto del 2026.

¹Estudiante egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, (Ecuador).

²Licenciado en Derecho, graduado de la Universidad Complutense de Madrid (España). Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, graduado de la Universidad Complutense de Madrid, (España). Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, graduado de la Universidad Complutense de Madrid, (España).

Resumen

El presente artículo es un análisis entre la corresponsabilidad parental y la tenencia compartida en Ecuador, que cuestiona el funcionamiento y la aplicación de las leyes nacionales frente a las normativas internacionales de países como Chile, España y Colombia. Este estudio identifica los avances normativos, constitucionales y jurisprudenciales respecto la igualdad parental, el interés superior del menor, y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El estudio se realizó bajo una metodología de enfoque cualitativo de tipo método jurídico-dogmático, empleando el análisis del derecho comparado y la revisión de normas y doctrinas para destacar similitudes y diferencias en los modelos estudiados. Como resultado principal, se identificaron asimetrías operativas; mientras que los modelos internacionales avanzan hacia la corresponsabilidad afectiva, la legislación ecuatoriana aún arrastra esquemas tradicionales de preferencia materna que dificultan la equidad procesal. Al analizar la normativa ecuatoriana junto con las reformas legislativas, se concluye que aún presenta vacíos en comparación con los modelos internacionales; si bien sus bases sirven como herramientas de transformación del derecho, específicamente en el de familia, todavía le falta mucho para poder tener un sistema sólido de responsabilidad parental. El examinar cómo

otras ideas plasmadas en diferentes normas pueden aportar positivamente al desarrollo y protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, recalca lo importante que es tener un entorno de igualdad y no discriminación como base de toda sociedad.

Palabras clave: Corresponsabilidad parental, Tenencia compartida, Interés superior del menor, Igualdad, Discriminación.

Abstract

This article analyzes co-parenting and shared custody in Ecuador, questioning the functioning and application of national laws in relation to international regulations in countries such as Chile, Spain, and Colombia. This study identifies normative, constitutional, and jurisprudential advances regarding parental equality, the best interests of the child, and the protection of the rights of children and adolescents. The study employed a qualitative, legal-dogmatic approach, using comparative law analysis and a review of norms and doctrines to highlight similarities and differences in the models studied. The main finding was the identification of operational asymmetries; while international models are moving toward affective co-responsibility, Ecuadorian legislation still retains traditional maternal preference schemes that hinder procedural equity. An analysis of Ecuadorian

regulations, along with legislative reforms, concludes that they still present gaps compared to international models. While its foundations serve as tools for transforming the law, specifically family law, it still has a long way to go to establish a robust system of parental responsibility. Examining how other ideas embodied in different regulations can contribute positively to the development and protection of the rights of children and adolescents underscores the importance of an environment of equality and non-discrimination as the foundation of any society.

Keywords: Parental co-responsibility, Shared custody, Best interests of the child, Equality, Discrimination.

Sumário

Este artigo analisa a coparentalidade e a guarda partilhada no Equador, questionando o funcionamento e a aplicação das leis nacionais em relação às normas internacionais em países como o Chile, Espanha e Colômbia. O estudo identifica avanços normativos, constitucionais e jurisprudenciais referentes à igualdade parental, ao superior interesse da criança e à proteção dos direitos das crianças e adolescentes. O estudo empregou uma abordagem qualitativa, jurídico-dogmática, utilizando a análise do direito comparado e uma revisão de normas e doutrinas para evidenciar semelhanças e diferenças nos modelos estudados. A principal constatação foi a identificação de assimetrias operacionais; enquanto os modelos internacionais caminham no sentido da corresponsabilidade afetiva, a legislação equatoriana ainda mantém esquemas tradicionais de preferência materna que dificultam a equidade processual. Uma análise da legislação equatoriana, juntamente com as reformas legislativas, conclui que esta ainda apresenta lacunas em comparação com os modelos internacionais. Embora os seus fundamentos sirvam de ferramentas para a transformação do direito, especificamente do direito da família, ainda há um longo caminho a percorrer para estabelecer um sistema robusto de responsabilidade parental. Analisar como outras ideias, incorporadas em diferentes

regulamentos, podem contribuir positivamente para o desenvolvimento e proteção dos direitos das crianças e adolescentes sublinha a importância de um ambiente de igualdade e não discriminação como fundamento de qualquer sociedade.

Palavras-chave: Corresponsabilidade parental, Guarda compartilhada, Melhor interesse da criança, Igualdade, Discriminação.

Introducción

La regulación de la tenencia y el ejercicio de la corresponsabilidad parental resulta fundamental en el derecho de familia presente, al vincularse de forma directa con la garantía del interés superior del niño y el principio de igualdad entre los padres. Históricamente, las normas latinoamericanas siguieron esa línea de esquemas tradicionales que le atribuían a la madre, de una manera casi automática, el cuidado personal de los hijos; mientras que al padre se lo relegaba a un rol estático de visitante y proveedor, constituyendo una práctica ampliamente normalizada en la región. No obstante, los cambios sociales, los avances constitucionales y el enfoque de derechos humanos impulsaron en los últimos años una revisión crítica de estas instituciones, promoviendo modelos más equitativos y enfocados en la responsabilidad compartida que por naturaleza recae en ambos progenitores.

Tanto la corresponsabilidad parental como la igualdad de derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos son reconocidos dentro del sistema legal ecuatoriano; sin embargo, su aplicación práctica devela diversas tensiones y contradicciones que al día de hoy se encuentran evidenciadas, especialmente en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en su Sentencia N°. 28-15-IN/21. A pesar de la relevancia de este fallo, la literatura jurídica actual se ha centrado mayoritariamente en sus

efectos procesales inmediatos, existiendo un vacío en el análisis de su impacto real para eliminar los estereotipos de género arraigados en los operadores de justicia. Por ello, este artículo examina si el marco normativo actual y su interpretación judicial son suficientes para asegurar una participación efectiva de ambos padres en la vida de los menores.

En este sentido, la investigación analiza el marco jurídico existente para determinar el alcance de la norma, y cómo los padres ecuatorianos comparten la responsabilidad, el cuidado y el tiempo con sus hijos, para después compararlo con la situación y realidad jurídica que se vive en países como Chile, España y Colombia, con la finalidad de identificar los avances, las limitaciones y las oportunidades de mejora existentes sobre la protección de los derechos de los menores. De manera específica, se examina la evolución legislativa y jurisprudencial ecuatoriana dentro de esta área, esbozando las características claves de los modelos comparados, e indagando experiencias internacionales que aporten a la construcción de un derecho de familia ecuatoriano más justo, equitativo e igualitario.

Materiales y Métodos

El estudio se basa en una metodología de enfoque cualitativo, que utiliza el método jurídico-dogmático y el análisis comparativo. Para esto, se revisan las normas constitucionales y jurídicas, así como las decisiones pertinentes y la doctrina especializada, tanto nacionales como extranjeras de los últimos años, lo que permite interpretar de manera sistemática el marco jurídico en cuestión. A través de este diseño metódico, los resultados obtenidos demuestran que, si bien Ecuador cuenta con una vanguardia normativa y jurisprudencial formal, la persistencia de barreras culturales y estereotipos dogmáticos en la visión de algunos

jueces frena la ejecución material de la custodia compartida; identificándose, a partir del derecho comparado, alternativas de reforma orientadas a operativizar el interés superior del niño.

Resultados y Discusión

La sistematización de los derechos internacionales que respaldan y aseguran el interés superior de los NNA, no fue un proceso lineal ni inmediato, por el contrario, fue resultado de casi un siglo de desarrollo normativo y de toma de conciencia ante la vulnerabilidad que afectaba a este grupo específico de la población. La cronología diseñada por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) pone de manifiesto un cuerpo normativo que emergió como respuesta a profundas dificultades sociales, entre ellas, la explotación laboral de menores, la mortalidad infantil, la ausencia de educación, la violencia estructural y la invisibilidad jurídica que caracterizó a los menores durante gran parte del siglo XX.

La Declaración de Ginebra de 1924 centrada en los derechos fundamentales de los niños y su protección internacional, representó el punto de partida de esta cronología, pues no solo se evidenció la necesidad de una protección especial y dedicada para la niñez, sino que aportó con la formulación de una idea revolucionaria para su tiempo: la infancia debía de ser vista como un colectivo portador de derechos propios y autónomos, y no como una mera prolongación de la familia o una propiedad de los adultos. Este giro conceptual abrió la puerta a una reconstrucción completa del rol que cumplía el Estado frente a la niñez. Al término de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional concluyó que la infancia debía de ser vista como un elemento fundamental para la reconstrucción de

sociedades más justas y pacíficas que las que se tenían hasta ese entonces. Para ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, junto con la creación de la UNICEF, afirmaron que tanto el cuidado especial como la asistencia a este sector social no constituían actos de caridad, sino obligaciones nacidas de la pura dignidad humana. En 1959 tal visión quedó profundizada con la Declaración de los Derechos del Niño, la cual expandió los derechos de los NNA proyectándose hacia la educación, la salud, el juego, la vida digna, el respeto y el entorno de desarrollo óptimo, convirtiéndose en un salto cualitativo que permitió que la infancia comenzara a ser vista como un titular de derechos.

Durante las décadas de 1960 y 1970, las agendas internacionales incorporaron problemas estructurales como el trabajo infantil, la protección frente a conflictos armados y la justicia penal juvenil. Así, el interés superior del niño se fue articulando como un principio que más allá de ético, se convertía en un criterio jurídico capaz de guiar acciones estatales, judiciales y administrativas que auguraban una mejora de vida para los NNA en cuestión. Este proceso preparó el terreno para que, en 1989, ya con una base sólida de respaldo, se redactara la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que, tal y como nos apunta Calero (2020), supuso *“un cambio de paradigma en la relación entre adultos y NNA, la cual definía fundamentalmente las responsabilidades del Estado”* en la protección y garantía de los derechos de este grupo poblacional. La Convención redefinió la doctrina internacional al reconocer expresamente a los niños como personas titulares de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales; asimismo, sistematizó la evolución previa, estableció un

estándar mínimo obligatorio para los Estados y desarrolló obligaciones concretas de prevención, protección y participación. Subsiguientemente, el desarrollo de protocolos facultativos, reglas sobre justicia juvenil y programas globales de acción reflejan un esfuerzo constante por cerrar brechas y afrontar estos problemas emergentes como lo son la explotación sexual, la participación en conflictos armados y las peores formas del trabajo infantil. Aunque el avance normativo es significativo, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) reconoce que aun en la actualidad persiste una distancia considerable entre la proclamación normada y las realidades que viven millones de niños y jóvenes en el mundo. Esta brecha demuestra la necesidad de fortalecer los sistemas de implementación nacional ya existentes y de repensar cómo cada uno de los Estados asimila, se adapta y cumple los compromisos asumidos en los instrumentos de derechos humanos. En este sentido, entender el impulso de cada instrumento internacional permie valorar la importancia de su inclusión en el ordenamiento ecuatoriano, cuyo proceso de ratificación marcó un antes y un después en el cómo se conciben, protegen y garantizan los derechos de la niñez y adolescencia.

El análisis de esta evolución histórica pone de manifiesto que no es suficiente con adoptar normas y rememorar hitos sociales, sino que se debe entender que los derechos forman parte de un proceso social que es más complejo y define la manera en la que los NNA son vistos y tratados por el resto de la sociedad. Desde el enfoque crítico de los derechos humanos, Gándara (2014) sostiene que estos deben entenderse como: (...)procesos sociales, económicos, políticos y culturales que logren configurar materialmente el acto de creación de un orden nuevo, sirviendo a la vez como la matriz para constituir nuevas prácticas sociales,

nuevas subjetividades antagonistas, revolucionarias y subversivas del orden global injusto [...] dado que los derechos humanos son un producto cultural, sometido a los procesos históricos, su configuración, la definición sobre qué aspectos de la vida hemos de considerar como derechos, debe permanecer necesariamente abierta y en constante cambio. (págs. 128-343). Por lo tanto, el avance de los derechos de la niñez y adolescencia no puede leerse únicamente como la suma de tratados internacionales, sino como resultado de profundos cambios sociales. Tal evolución histórica consolidó un sistema operativo que guio el camino para que Ecuador adaptara estos principios a su propia realidad social y normativa.

Ecuador es la representación de historia de luchas sociales orientadas al reconocimiento y ampliación de los derechos de sus ciudadanos, que enmarcadas en sus contextos históricos y sociales, han tenido un efecto determinante respecto de la lenta conquista de los derechos de estos; en este sentido, para comprender especialmente la evolución y consolidación de los derechos de los NNA en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario analizar sus antecedentes históricos marcados por limitaciones económicas y tensiones estructurales en el compromiso jurídico del Estado, que caracterizaron al país durante las últimas décadas del siglo XX y dieron lugar a tal proceso. La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la década de los noventa significó para Ecuador, ya como uno de los Estados parte, un nuevo comienzo para mejorar sus actuaciones pasadas y dar cumplimiento a los estándares internacionales, tal como lo establece la misma Convención en su artículo 2, el cual menciona que los Estados parte: [...] respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su

aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, [...] o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (art. 2).

Este instrumento consagra el principio de igualdad y no discriminación al exigir que tales derechos estén asegurados para todos los NNA de cada Estado parte, sin ninguna distinción que se relacione con su condición personal o familiar (UNICEF, 2006). Dicho mandato internacional nos otorgó las bases para la adecuación del ordenamiento jurídico interno y la adopción de un enfoque de protección adecuado a las necesidades de los niños y adolescentes. Ya lo dice Miguel Cillero-Bruñol (1998): La convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de este grupo y los adultos, y sus deberes recíprocos (pág. 70).

A partir de esta influencia, Ecuador inició una transición que se hizo evidente en reformas normativas y constitucionales que incorporaron principios orientados a la garantía de su desarrollo integral, siendo el principio del interés superior del niño el que más destaca entre ellos, en tanto que hoy se conoce como el principio que debe regir todos los actos estatales, sociales y familiares que involucre a los NNA. Este cambio no fue incluido de forma inmediata ni mucho menos lineal, ya que durante el siglo XX el tratamiento jurídico de la niñez estuvo signado por normas de corte asistencialista, tal cual sucedió con el Código de Menores, que estuvo vigente hasta finales de la década de los noventa, elaborándose e implementándose en un periodo dictatorial bajo

la dirección del Gral. Alberto Enríquez Gallo, quien promovía una lógica de control y corrección antes que garantías de derechos, iniciando un proceso en el que el Código anterior de menores de 1938 constituyó el primer intento sistemático del Estado ecuatoriano que tenía la finalidad de regular de manera especializada la situación de los NNA, al haber estado vigente por más de seis décadas, hasta la entrada en vigor del Código de la Niñez y Adolescencia en 2003.

En efecto, el primer Código de 1938 atendía a la doctrina de la situación irregular, una corriente predominante en América Latina que excluía a los menores del sistema penal ordinario, pero cuya exclusión conducía a la negación de garantías fundamentales, al desembocar en la posibilidad de una amplia e indiscriminada intervención estatal sobre niños considerados “en riesgo”, especialmente aquellos que provenían de contextos de pobreza o que eran víctimas de violencia. Bajo este modelo, el menor no era reconocido como sujeto de derechos, sino como objeto de tutela y control estatal (Campaña, 2012).

La problemática se acentuaba en el contexto social de la época, la estructura mayoritariamente rural del país, la existencia de una gran tasa de analfabetismo y la situación económica precaria de las familias que empujaban a niños al trabajo infantil a muy temprana edad como un mecanismo de supervivencia familiar. En respuesta a la situación, surgieron iniciativas asistencialistas y educativas que intentaban apartar a los menores de entornos negativos y así promover valores sociales, pero sin cuestionar el fondo de las causas que motivaban la exclusión. La reforma introducida en 1944 con la presidencia de José María Velasco Ibarra mejoró las competencias de los tribunales de menores, incluyendo el

tema de alimentos, tenencia y colación familiar, estableciendo que el conflicto del menor debía ser tratado como “conflictos humanos” y no como controversias jurídicas, con una premisa orientada a siempre actuar en atención al bienestar del menor. Si bien esa línea ofrece una noción temprana al interés superior, lo hacía desde un modelo repleto de paternalismos que excluía la participación activa del niño o el adolescente. Posteriormente, el Código de Menores de 1969 amplió el alcance de protección por parte del Estado tanto en su familia, su educación y su moral, extendiendo la minoría de edad hasta los veintiún años, manteniendo intacta la lógica tutelar.

Por su parte, el Código de Menores de 1992 representó una transición muy significativa para el país al incorporar avances que derivaban de la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como modificar la noción del menor ajustando la patria potestad hasta los dieciocho años, introduciendo avances procesales para adolescentes infractores y avances técnicos como la prueba de ADN. Un avance importante ocurrió con la promulgación del citado Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2003, que de manera expresa introdujo los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, destacando entre otros el interés superior del niño, la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, así como el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos exigibles. Este cuerpo normativo incorporó innovaciones normativas e institucionales significativas, mismas que han modificado de gran forma la situación jurídica de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador. En términos generales, el Código de Niñez y Adolescencia de esa época constituye la base principal venidera de regulación que garantiza los derechos de los NNA, estableciendo unas competencias propias para

los jueces que ejercen la especialidad de niñez y adolescencia que implica la actuación en dos grandes ámbitos como lo son proteger los derechos y juzgar a los adolescentes infractores, respondiendo a la necesidad de ofrecer una tutela diferenciada y especializada según las características sociales determinadas. En el ámbito familiar, el Código regula la patria potestad introduciendo ajustes relevantes, especialmente con la tenencia, representación legal y toma de decisiones en favor del interés superior del menor; transformando así la justicia en temas de la niñez y adolescencia, despojando el viejo sistema asistencial y convirtiéndolo en uno unipersonal, independiente y especializado.

En el Código de la Niñez y Adolescencia encontramos al artículo 106 numeral 4 del Título II, Libro Segundo, que regula la patria potestad e indica lo siguiente, “si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (art. 106, num.4). Dicha disposición ha generado un amplio debate en la práctica jurídica ecuatoriana al introducir un criterio de preferencia que, aunque formalmente subordinado al interés superior del niño, puede interpretarse de forma automática. El sentido más literal de la aplicación de esta norma, en ciertos casos ha sido percibida como una vulneración del principio de igualdad entre los progenitores, especialmente cuando no se realiza un análisis detallado de las circunstancias concretas del caso ni de las capacidades parentales reales de cada padre y madre. Es importante hacer hincapié en el texto de la norma, el cual aclara que esa preferencia no puede ir en contra del interés superior del menor, exigiéndole a los jueces una interpretación razonable, minuciosa, pero sobre todo contextualizada, alejada de los estereotipos

de géneros y solo enfocarse en la protección integral del NNA. Ello ha venido repercutiendo en la patria potestad, es decir, que sea vista más allá del uso exclusivo de cada uno de los progenitores, y que esté orientada al cuidado, la formación y el desenvolvimiento integral de los menores. Otra parte indispensable en el marco normativo ecuatoriano viene a ser la Constitución de la República de 2008, que profundizó dicha mutación de paradigma al manifestar de forma expresa a los NNA como un determinado grupo de atención prioritaria, consagrándose así una protección que, además de ser jerarquizada, señala los principios fundamentales de estos, permitiendo de este modo que se puedan cumplir los compromisos internacionales por parte del Estado (Ecuador, 2008).

Por tanto, la Carta Magna elevó a rango supremo principios que ya tenían un asiento dentro de las normativas infraconstitucionales e internacionales, como el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental, los cuales toman dentro su artículo 44 una vigencia particular al establecer lo siguiente: 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 entenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (art. 44). Lo anterior es una parte sustancial o complemento de lo refrendado en el Código de la Niñez y la Adolescencia, lo cual explica en su artículo 11 que el interés superior del niño: Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los NNA; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (art. 11). Del mismo modo, el artículo 69,

numerales 1 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador introdujo un cambio importante en la concepción de las relaciones familiares, reconociendo de manera expresa lo siguiente: 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 los niños en particular al encontrarse separados, en la que permite salvaguardar los derechos familiares. El Estado producirá la corresponsabilidad parental, que rondará y verificará la práctica de los derechos proporcionados con los padres y niños. (art. 69, num. 1 y 5)

Dicha previsión constitucional cuestiona la forma automatizada de establecer los roles parentales fundamentados en criterios tradicionales o en estereotipos de género, obligando a los operadores jurídicos a valorar las capacidades parentales desde una óptica justa, equitativa y centrada en el bienestar del niño. De este modo, la Constitución de Montecristi no solo reafirmó los compromisos internacionales que había consolidado el Estado ecuatoriano, sino que dotó a los derechos de familia de una obligación a ser reinterpretados y adecuados a los derechos constitucionales.

Este mandato es particularmente significativo en instituciones como la patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas, cuya aplicación debe registrarse por el interés superior del niño y no por una lectura estrictamente literal de la norma. Así, la Constitución sentó las bases para el desarrollo progresivo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, direccionándolo hacia una protección más efectiva de los derechos de los NNA. No obstante, pese a la fortaleza del reconocimiento normativo, la materialización de tales derechos en la vida cotidiana continúa enfrentando importantes desafíos. Uno de los

temas más visibles hoy en día es la práctica desigual y, en algunos casos contradictoria del principio del interés superior del niño. Al respecto, Cabrera (2015) advierte que: El interés superior del niño sí presenta limitaciones en el nivel práctico, tanto dentro de la normativa que lo regula, como en el ejercicio de esta; es así, que está limitado en dos supuestos: La vaguedad en la norma que regula el “interés superior del niño”, y los condicionantes prácticos supeditados al medio. (pág. 41)

Es decir, si bien en nuestros días se han desarrollado considerables aspectos relativos a la protección de los derechos de los NNA, todavía existe mucha distancia entre lo que el ordenamiento jurídico proclama y lo que realmente se aplica en la práctica. Si bien es innegable que la sociedad actual se desarrolla un estado jurídico y social muy por encima al de décadas anteriores, también es una realidad que dicho avance resulta ser poco demostrativo, porque no siempre irrumpe en decisiones y actuaciones en favor de aquellos principios que las normas consagran. Para abordar la corresponsabilidad parental, es importante definirla como un principio fundamental del Derecho de Familia que, según Lathrop Gómez (2009), adquiere relevancia en la medida en que “padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro” (pág. 26).

Esto implica que ambos progenitores poseen en igualdad de condiciones el derecho en la toma de decisiones orientadas al bienestar del menor, debiendo existir un equilibrio e igualdad entre los deberes y derechos que les corresponden, ya sea en el ámbito patrimonial como en el personal. En lo que comprende la patria potestad, es el vínculo jurídico que se establece a partir de la filiación y que oficializa la relación

natural entre seres humanos en la estructura del ordenamiento. Es precisamente a partir de la filiación que se produce la relación paternofilial, la cual genera a su vez una serie de obligaciones para sus progenitores, orientadas a garantizar el desarrollo integral de los NNA; tales obligaciones abarcan el deber de asistencia, protección, cuidado y representación, que de modo correspondiente deberán ser atendidas conjunta y responsablemente, la denominada autoridad parental, entonces, entiende a la obligación que tienen los padres o tutores de participar activamente en la formación, orientación y bienestar de sus hijos, priorizando siempre sus necesidades y derechos por encima de intereses personales o conflictos entre adultos.

Para tal efecto, el Código de la Niñez y Adolescencia dispone que la patria potestad “no solo es el conjunto de derechos sino también de deberes que tienen los padres relativos a sus hijos no emancipados” (art. 105), lo cual evidencia que su ejercicio no se limita a una facultad jurídica, sino que constituye una responsabilidad orientada a la garantía y protección efectiva de los derechos de los niños, que deben asumir corresponsablemente ambos progenitores. No obstante, la regulación legal de la patria potestad y de la corresponsabilidad parental no ha estado exenta de tensiones en su aplicación práctica, o más bien en el ejercicio de estas, especialmente va atravesado por criterios tradicionales o estereotipos de género que inciden en las decisiones judiciales. En este marco, ciertas disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia han sido objeto de cuestionamientos constitucionales, al evidenciarse que existe una posible contradicción entre su formulación normativa y los principios de igualdad, no discriminación e interés superior del niño. En las tensiones que esto genera, cobra relevancia la intervención de

la Corte Constitucional, la cual, mediante la sentencia N°. 28-15-IN, revisa críticamente los alcances de la corresponsabilidad parental y su adecuación a los principios de igualdad, no discriminación e interés superior del niño consagrados en el orden constitucional vigente; esa sentencia, se erige como un hito de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en materia de derecho de familia, al someter a control abstracto de constitucionalidad una norma que había sido aplicada durante años casi como automatismo en los procesos de tenencia. La Corte Constitucional no solo acoge el examen de la validez formal de un artículo impugnado, sino que lleva a cabo un examen sustantivo, a partir del contenido normativo con las exigencias de los principios y derechos que fueron reconocidos en la norma suprema particularmente la igualdad y no discriminación; el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental.

La vigencia de la corresponsabilidad parental en los procedimientos de guarda se manejaba a partir del escenario de interpretaciones dispares, en el que, si bien había ciertos avances en la horizontalidad parental, existía una clara prevalencia hacia la preferencia materna, lo que se traducía en un abismo entre los principios constitucionales y su correspondiente aplicación en el ámbito judicial, así como la forma de valorar el interés superior del menor o la capacidad parental, basándose en parámetros de tipo tradicional, por lo que no se la desarrollaba en función de un análisis individualizado y objetivo. La sentencia N°. 28-25-IN/21, se origina a partir de una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que preceptuaban una preferencia materna de forma automática, en caso de no existir acuerdo entre los progenitores o si ambos demostraban

condiciones similares, los cuales literalmente señalan: “2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferiría a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.”

Antes de que se produjera el pronunciamiento constitucional, resultaba obvio que la aplicación del principio de corresponsabilidad parental presentaba serias limitaciones en el desempeño de la administración de justicia, de tal manera que, a pesar de que incluso algunos jueces comenzaron a incluirlo entre las consideraciones de sus resoluciones, el principio no lograba incidir de manera positiva en la estructura de la decisión de los fallos, quedando aún patrones tradicionales en la atribución de la tenencia.

Al respecto, Peñafiel (2023) advierte que, en la mayoría de los casos, la custodia continuaba otorgándose de forma casi automática a la madre, mientras que el padre era relegado a un régimen de visitas secundario, sin garantías reales de participación en decisiones relevantes relacionadas con la educación, la salud o la convivencia del niño. Esta dinámica generó una práctica judicial disonante con el bloque de constitucionalidad, que ya reconocía la igualdad sustantiva y el interés superior del niño como criterios rectores del derecho de familia. La acción pública de inconstitucionalidad de la ley elevada al Tribunal Constitucional se interpuso en el año 2015 por cuatro demandantes referente a la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, norma que, como se

indicó, establecía significativamente una regla general en favor de la maternidad, en el sentido de que la madre sería la preferida para otorgar la tenencia de personas menores de doce años, aun en aquellos casos donde ambos progenitores demostraban iguales condiciones.

Los demandantes consideraron que estas normas eran violatorias del derecho a la igualdad y no discriminación de la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño, por introducir una diferenciación directamente vinculada con el sexo de los padres. Por su parte, los defensores de la norma denunciaron ante la Corte la ambigüedad de estas argumentaciones ya que su fin era la protección de las mujeres en el contexto de una situación de violencia de género y garantizar una mayor estabilidad emocional para los niños. A partir de estos argumentos ya referidos, la Corte Constitucional delimitó dos problemas jurídicos sustanciales, el primero consistió en determinar si la preferencia materna recogida en la norma objetada era compatible con el derecho a la igualdad y no discriminación, así como con el principio del interés superior del niño; el segundo debía determinar si esta norma era acorde al principio de corresponsabilidad parental, tal como lo reconocía la Constitución.

Para resolver el primer problema, la Corte aplicó una prueba de igualdad, analizando tres elementos fundamentales: la comparabilidad de los sujetos, la existencia de trato diferencial y la justificación constitucional de dicha diferencia. En este análisis, la Corte distinguió claramente entre hombres y mujeres lo que respecta a la concesión de la tenencia, lo cual consideraban un trato desigual basado en una categoría cuestionable: el género. Sobre este punto, Torres (2022) sostiene que la regla de preferencia materna se sustentaba en “estereotipos de género, más no, la garantía de

los derechos de los hijos”. Así, el Tribunal se ocupó de todo con un estricto escrutinio, el control de nivel superior, para los casos en los que ciertos grupos han sido tratados injustamente en el pasado, la regla tiene que ser super importante y estar motivada por una gran razón constitucional y realmente necesaria para hacerlo (Sentencia N°. 28-15-IN/21, 2021, párr. 147).

La Corte reconoció que el bienestar de los niños es un objetivo constitucional válido, el cual concluyó que siempre favorecer a las madres no es proteger ese interés, basado en la idea anticuada de que las mujeres son inherentemente mejores en el cuidado de los niños. Tal como señala Torres (2022), el tribunal determinó que la norma se sustentaba en concepciones esencialistas sobre la mujer antes que, en la protección de los menores, lo cual incumplió los estándares de la prueba de escrutinio al configurar un trato discriminatorio. Según la Corte, ello supone analizar con detalles cada caso en particular. Cuestionar la postura que sugiere que este enfoque individualizado prescinde de una evaluación objetiva resulta clave, pues la Corte reafirma y vuelve obligatoria la valoración de las habilidades de los padres.

Al retirar la preferencia automática asignada a la madre, el fallo exige al juzgador abandonar presunciones genéricas y evaluar de forma concreta e imparcial la capacidad formativa, afectiva y de cuidado de ambos progenitores. El Tribunal de Justicia indicó que la norma discutida se inclinaba más por los intereses y funciones de los adultos que por los derechos de los NNA, vulnerando el contenido esencial del interés superior del niño al impedir que la decisión sobre la tenencia estuviera basada en criterios objetivos y en criterios individuales. En lo concerniente a la segunda pregunta legal,

es decir, si la decisión de favorecer a la madre era acorde al principio de corresponsabilidad parental, la Corte manifestó que la preferencia materna era incompatible con dicho principio, pues consiste en el ejercicio conjunto, equilibrado y solidario de derechos y deberes entre los progenitores. Al otorgarle una ventaja normativa de forma automática a la madre, la disposición impugnada desincentivaba la participación del padre en la crianza e imponía esquemas de familia tradicionales que están en contra de la perspectiva constitucional de igualdad. En ese sentido, la autora destaca que dicha regla impedía la actuación equitativa de ambos padres, contraviniendo la obligación constitucional de asegurar el ejercicio compartido en la crianza y la protección integral de los hijos.

La Corte Constitucional, accediendo al presente caso, acogió la demanda e hizo lugar a la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, por cuanto contenían expresiones que establecían una preferencia materna en los procesos de tenencia. El Tribunal llegó a la determinación de que las disposiciones eran incompatibles con los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y corresponsabilidad parental, estableciendo una presunción debido al sexo de los progenitores. De esta forma, la Corte estableció la existencia de la obligación de generar nuevos parámetros normativos para la fijación de la tenencia, orientados a propiciar fallos judiciales que tomaran como base el fruto de sujetos externos, objetivos y que fueran nutridos por el interés superior del niño; convirtiéndose en una decisión clave que rompe de una vez por todas con la costumbre de dar la tenencia a la madre por puro automatismo, obligando a los jueces a evaluar quién realmente está en mejores condiciones de cuidar al niño,

sin importar si es el padre o la madre. En este sentido, instó a la Asamblea Nacional a hacer esfuerzos por presentar proyectos de ley que armonicen la legislación de niñez y adolescencia con el enfoque constitucional de igualdad material; asimismo, hizo hincapié en la importancia de los operadores de justicia y de las instituciones del sistema judicial durante la aplicación efectiva de estos principios, impulsando así una práctica jurisdiccional que fomente la corresponsabilidad parental y la protección integral de los derechos de los NNA.

De este modo, Ecuador se alinea con las transformaciones del Derecho de Familia a nivel internacional, dado que sistemas como el chileno, el español, y el colombiano han reformado sus cuerpos legales poniendo de manifiesto que la protección efectiva del interés superior del niño requiere superar los roles tradicionales en la crianza, asegurando así una participación equitativa de ambos padres. El análisis desarrollado por la Corte parte de la base de que las normas jurídicas no pueden ser interpretadas ni aplicadas de un modo aislado o meramente literal, sino respondiendo al interés superior del menor, y deben ser examinadas a la luz de lo que establece el bloque de constitucionalidad y el enfoque de derechos que rige el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Al respecto, Sedano (2020) recalca que el interés superior del niño opera como un principio jurídico interpretativo fundamental que obliga a elegir la lectura normativa que satisfaga de manera más efectiva sus derechos, advirtiendo que, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, esta cobra sentido práctico únicamente a través de la casuística y de la interpretación conjunta de los hechos con los preceptos de derecho. En este sentido, la preferencia materna contemplada en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de Niñez y Adolescencia fue estudiada en esta

oportunidad no solamente como una norma procesal que determinaba la tenencia, sino como una norma que generaba efectos jurídicos directos en la configuración de las relaciones parentales y en la implementación de derechos fundamentales de los padres y de los hijos e hijas.

En la misma línea, la Corte encuadra la norma recurrida ante la práctica judicial desde una perspectiva histórica caracterizada por ser permeada por estereotipos de género, en la cual la madre era entendida como cuidadora natural y el padre como proveedor económico, reproduciendo así roles tradicionalmente establecidos que pocas veces respondían a las realidades de los núcleos familiares ni al interés superior de los NNA. En esa línea, el Tribunal advirtió que la aplicación de una preferencia automática con base al género de las personas progenitoras dificultaba la posibilidad de analizar el caso particular y el estudio objetivo de las capacidades parentales sustituía presunciones generalizadoras.

Por consiguiente, la sentencia trata de manera ordenada la problemática jurídica que se deriva de la norma objeto de examen, analizando si la distinción que esta generaba era constitucionalmente admisible y si era compatible con un modelo de familia asentado en la igualdad material y en la corresponsabilidad en la crianza. Tal examen facultó a la Corte a excluir de la validez de dicha disposición los derechos de los progenitores, de las progenitoras y de los hijos e hijas a lo largo y ancho de la argumentación, despojado del contenido especial propio de la determinación del interés superior del niño, poniéndolo por debajo de criterios ajenos a su propia integridad. Dicha fundamentación desarrollada en la armadura de la Corte Constitucional le permitió a la misma avanzar a una concreta reforma del

régimen de tenencia con el objetivo de eliminar las presunciones de género y robustecer la exigencia de que las decisiones en materia familiar se fundamenten en criterios objetivos, razonables y basados en los derechos de los NNA. De este modo, la Sentencia N°. 28-15-IN entró a resolver un conflicto normativo, y a la vez estableció criterios interpretativos de carácter general para la actuación de los operadores de justicia en los casos de tenencia.

Desde la intervención de la Corte Constitucional, ya en la práctica se podían apreciar algunos intentos aislados de parte de los jueces por intentar apartarse de esa preferencia materna automática, especialmente tratándose de aquellas cosas en los cuales existían convenios entre los progenitores o informes técnicos que apuntaban a una crianza compartida. Aun así, cabe señalar que estas decisiones no responderían a una línea jurisprudencial clara, sino que dependerían en gran medida de la apreciación del juzgador. Como señala León (2023), “aunque el principio de corresponsabilidad parental era mencionado en algunas decisiones judiciales, su invocación no se traducía en un cambio estructural en la forma de resolver la tenencia, la cual continuaba siendo atribuida mayoritariamente a la madre, relegando al padre a un rol secundario”.

En efecto, la jurisprudencia ecuatoriana anterior a la Sentencia N°. 28-15-IN/21 supo conseguir un avance no solo en el discurso sino también en la práctica, a través de pronunciamientos clave, tales como el análisis del contenido material de la guarda evidenciada en la Sentencia N.º 064-15-SEP-CC (2015) y la aplicación de estándares de no discriminación Sentencia N.º 184-18-SEP-CC (2018). Todo ello hizo posible la intervención de la justicia constitucional que estableció criterios claros y vinculantes, capaces de eliminar la actividad

judicial desigual y de reorientar el Derecho de Familia en una práctica realmente igualitaria que persiga el interés superior del niño.

Con la finalidad de poder medir cuál será realmente el alcance del modelo ecuatoriano de corresponsabilidad parental y sus efectos en la tenencia, es pertinente realizar un estudio de comparación con otras legislaciones que han abordado la materia desde diversas perspectivas. De ahí que el estudio del ordenamiento jurídico chileno, español y colombiano permite conocer similitudes, diferencias y niveles de desarrollo normativo que sirven de referente para rescatar los avances que hay por delante. Conocemos que el ordenamiento jurídico chileno en materia de corresponsabilidad parental ha cambiado de manera significativa, sobre todo a partir de la progresiva incorporación de estándares internacionales de derechos humanos y de igualdad entre hombres y mujeres.

En este sentido, datos del Sistema de Indicadores de Género del Instituto Nacional de Estadísticas INE (2023) reflejan este avance en la equidad con una tasa de participación laboral femenina que alcanzó el 51,8%; sin embargo, las mismas cifras muestran que en el ámbito familiar persisten brechas estructurales en la paridad cotidiana, pues las mujeres destinan en promedio 4 horas y 57 minutos diarios al trabajo de cuidado no remunerado frente a las 2 horas y 52 minutos de los hombres, registrando además una brecha de ingresos del -16,7%. Aunque el derecho de familia chileno ha sido tradicionalmente estructurado a partir de roles parentales diferenciados, en los que la madre se ocupaba principalmente del cuidado del hijo y el padre de la provisión económica, dicha forma de concebir las relaciones familiares ha sido revisada normativa y jurisprudencialmente en las últimas décadas, en consonancia con las

obligaciones internacionales adquiridas por el Estado chileno. Un hito fundamental en este proceso fue la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, la cual impulsó una relectura del rol de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos. No obstante, fue recién con la promulgación de la Ley N°. 20.680 (2013) cuando la corresponsabilidad parental adquirió un reconocimiento expreso dentro del sistema jurídico chileno, al consagrarse como principio rector del cuidado personal de los hijos, independientemente de si los padres viven juntos o separados (Jüneman & Campino, 2019). En el ordenamiento jurídico chileno, la corresponsabilidad parental no es solamente una doctrina, sino que se manifiesta como una categoría legal asentada de forma explícita en el Código Civil, que establece: “Toca de consumo 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” (art. 224).

Esta disposición expresa un modelo jurídico que brinda mayor vitalidad y ponderación a la participación de ambos progenitores en la responsabilidad de crianza, eliminando presunciones que están basadas en el género y obligando a los jueces a poner a prueba y garantizar que la ejecución sea en condiciones de igualdad en el ejercicio del cuidado personal, aún en contextos de separación. Tal legislación chilena incluyó criterios objetivos que han de ser valorados en el momento de determinar el régimen de cuidado personal y la relación directa y regular con el progenitor que no cohabita regularmente con el hijo. Al lado de los criterios generales de las relaciones familiares se incorporan el vínculo afectivo, la capacidad

de los padres para garantizar el bienestar del menor, la disposición para cooperar mutuamente y la necesidad de asegurar estabilidad emocional, todo ello debe ser valorado bajo el parámetro del interés superior del niño.

Hay que señalar que, a diferencia de Ecuador, Chile carece de un código especializado de la niñez y la adolescencia; pero sí ha desarrollado un marco normativo que en cierto modo es disperso pero funcional, complementado en parte por algunas leyes especiales como la Ley N°. 19.968, que regula los tribunales de familia y establece el interés superior del niño como uno de los criterios prioritarios en la resolución de conflictos familiares, y la Ley N.º 21.302, enfocada en la protección especializada de la niñez, las cuales refuerzan el interés superior del niño como eje transversal en las decisiones familiares. Este diseño normativo ha permitido que el principio de corresponsabilidad parental se proyecte tanto en el ámbito civil como el judicial, ya que la ley obliga a los jueces a motivar de forma razonada cualquier decisión que lleve a limitar la participación de uno de los progenitores. (Obrador, 2017)

En definitiva, el modelo chileno ha venido avanzando en la eliminación de presunciones legales que imponían el género en la crianza de los menores, y consolidando, en su caso, la corresponsabilidad parental. Sin embargo, este modelo enfrenta ciertas dificultades en su aplicación real, sobre todo en el ámbito laboral y social, donde el peso del cuidado sigue recayendo de forma desproporcionada en las mujeres y eso nos lleva a pensar que la corresponsabilidad parental no depende únicamente del diseño normativo, sino también de políticas públicas que faciliten su ejercicio efectivo. En el ordenamiento jurídico español, la corresponsabilidad parental se ha ido

evolucionando como una respuesta normativa y social por la cual hacer frente a los modelos tradicionales de crianza que necesariamente se sostienen en los roles de género tradicionales como hemos venido señalando. La atribución casi exclusiva a la madre del cuidado de los hijos se encontraba históricamente asociada a una determinada concepción cultural que asociaba la maternidad a la función natural que carecía de cuidado y relegaba al padre a un rol eminentemente económico; no obstante, los progresos en materia de igualdad sustantiva y derechos de la infancia han supuesto, por su parte, un cambio gradual de este enfoque.

Desde una perspectiva constitucional, la corresponsabilidad parental encuentra sustento en el principio de igualdad reconocido por la Constitución Española de 1978, que proclama la igualdad de todas las personas ante la ley y atribuye al Estado la obligación de remover los obstáculos que impidan su realización efectiva, para esto, desde el año 2007 la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres manifiesta en su artículo 1 lo siguiente: Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores

público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo. (art. 1). Asimismo, el fundamento constitucional de la corresponsabilidad parental en España lo hallamos, de forma mordaz, entre lo que es el principio de igualdad y la protección de la familia y por ende de los derechos de los niños, ya que, tal como dispone la citada Constitución de 1978, en su capítulo tercero, artículo 39, numeral 3, que expresa la obligación de los padres para prestar asistencia a los hijos, sin que importe la cuestión filiatoria ni mucho menos la situación de los progenitores, lo que ahonda en la idea de que la responsabilidad parental nunca se extinguirá con la separación o el divorcio, sino que se mantendrá como un deber jurídico permanente, por referente al interés superior del niño.

Este enfoque va haciéndose más concreto de la mano del Código Civil Español, que regula el cuidado personal de los hijos en el contexto de las separaciones o divorcios, concreta también que esas circunstancias no eximen a los padres de sus obligaciones parentales (arts. 92.1, 110 y 154 CC). Incluso, la normativa civil establece la custodia compartida como una opción legítima cuando sea favorable para el niño, en función de la obligación del juez de tener que hacer una valoración por caso, ayudándose de informes técnicos, la capacidad parental de ambos progenitores y por lo tanto en la necesidad de garantizar la estabilidad emocional y el desarrollo integral del niño (arts. 90.1.a, 91 y 92.5-92.9 C.C.). De la misma forma en lo que respecta a la ley española, se establece el derecho de los niños a ser escuchados cuando sean mayores de doce años (arts. 92.2 y 92.6 CC; arts. 9 y 20 bis.2. b de la Ley Orgánica 1/1996) en los procesos que consideren que les afectan e incluso obliga a los jueces a tener que motivar sus decisiones de acuerdo con los intereses de los niños, estableciendo la

obligación de evitar criterios automáticos o presunciones basadas en el género. Con este modelo se espera que la corresponsabilidad parental trascienda de la simple proclamación formal, y que implique una participación y equilibrada de ambos miembros en lo relacionado a la crianza de los hijos.

Como ya se ha mencionado, en contraste con la situación en el Ecuador, España tiene un desarrollo normativo amplio del concepto de corresponsabilidad parental, a pesar de la omisión de su uso en el ámbito constitucional, ha conseguido trasladarlo a su legislación civil y práctica judicial. Muestra de ello es la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en la STS 257/2013, de 29 de abril, la cual determinó que la guarda y custodia compartida debe interpretarse como el régimen normal y deseable para hacer efectivo el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores. Esta línea fue posteriormente reforzada en la STS 564/2017, de 17 de octubre, donde el Alto Tribunal consolidó que la corresponsabilidad busca garantizar una relación equilibrada y estable con ambos padres, orientando la decisión judicial al interés superior del niño y exigiendo la implicación real de las partes.

Ecuador, por su parte, adelanta su uso en la Constitución, sin embargo, la experiencia española demuestra la relevancia de acompañar dicho reconocimiento con criterios claros a la hora de la aplicación judicial que permitan abonar la clave de la superación de los estereotipos de género junto a la posibilidad de conseguir un espacio de toma de decisiones en favor a los derechos de los NNA. Para comprender el modelo colombiano de corresponsabilidad parental y su diferencia frente al caso ecuatoriano, resulta necesario examinar previamente la evolución normativa del principio de igualdad en su ordenamiento

jurídico. Para ello, Zabala (2019) señala que Colombia es considerado como el “tren del desarrollo” por lo siguiente: ratificó los pactos y convenios anteriormente mencionados y además promulgó leyes que replicaban su contenido. La Ley 75 de 1968 regula los efectos, forma e impugnación de reconocimiento y establece ciertas presunciones de paternidad natural. El Decreto 2820 de 1974 declara la igualdad de derecho entre hombres y mujeres, implicando serios cambios tanto en la macroestructura social como en la estructura familiar. La Ley 29 de 1982 establece la igualdad entre hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos en la relación con todos los derechos. Por último, el Decreto 2737 de 1989 consagra el derecho que tiene todo menor a que se defina su filiación.

Al igual que Ecuador, Colombia forma parte de los países latinoamericanos que han consolidado un marco jurídico orientado a la protección reforzada de los derechos de los NNA, reconociendo su prevalencia frente a otros derechos. Así, dentro del ordenamiento constitucional colombiano, es luego evidente que dicho principio queda claramente enunciado, al señalar que “los derechos de los niños son más importantes que los de los demás” Obrador (2017), constituyendo así un eje transversal que se proyecta en la interpretación y aplicación de la normativa en la materia de familia y niñez. Lo cierto es que esta interpretación del principio del interés superior del niño ha permitido avanzar en circular la consideración de los niños como sujetos plenos de derechos, dejando atrás visiones asistencialistas o de tutela únicamente. La Constitución política de Colombia reconoce a la familia como el núcleo básico fundamental de la sociedad, y establece que las relaciones familiares en funciones de la igualdad entre hombres y mujeres deben ser garantizadas por

el Estado, como una forma de protección especial a los niños para asegurar su desarrollo integral y el respeto de su dignidad. Esta construcción constitucional tiene un parecido estrechamente evidente con el modelo ecuatoriano, aunque en este país se expresa explícitamente la figura de la corresponsabilidad parental como principio a seguir.

Por otro lado, el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla el principio del interés superior del niño y la corresponsabilidad parental como ejes referentes del sistema de protección. Así, la Ley N°. 1098 de 2006 prevé que la responsabilidad parental es un conjunto de obligaciones que establecen a los progenitores o de quienes ejercen la patria potestad, con la finalidad de garantizar el máximo cumplimiento de los derechos de NNA. La misma ley reconoce un derecho de los menores a la custodia y cuidado personal en su artículo 23 determinando que “los niños tienen derecho a la custodia y cuidado personal por parte de sus padres [...] para garantizar su desarrollo integral”.

A su vez, y desde el punto de vista del derecho civil, el ordenamiento colombiano considera la patria potestad como la facultad que se ejerce conjuntamente, prescindiendo de un patrón de preferencia de género. En este sentido, el Código Civil ofrece define la patria potestad como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Código Civil Colombia, 2020, art. 288), al tiempo que establece como regla general que la patria potestad debe ejercerse por ambos progenitores. Esta configuración normativa refuerza la idea de igualdad material entre padre y madre en relación con el ejercicio

de la responsabilidad parental y evita presunciones automáticas en favor de uno u otro. En efecto, la patria potestad es el ejercicio de derechos y de deberes jurídicos sobre la persona y los bienes del hijo e hija, mientras que la custodia hace referencia a la atención diaria, a la crianza y a la educación. De modo que la custodia puede ser ejercida por uno solo de los progenitores o bien compartida, evitando que ello afecte el ejercicio que comparten del conjunto de la patria potestad, y excluyendo cualquier forma de preferencia legal predeterminada Guerra (2019). Este enfoque ha permitido superar las concepciones tradicionales que vinculaban el cuidado personal con la madre, avanzando así a modelos de corresponsabilidad real.

Por tanto, el derecho de familia colombiano se caracteriza por una protección constitucional robusta de la igualdad entre progenitores y por la centralidad del interés superior del niño como criterio decisonal. En contraste con aquellos modelos normativos que obraron en el pasado en función de estereotipos de género, el sistema colombiano promueve una concurrencia de derechos y deberes parentales equitativos, que reconoce a los NNA como sujetos plenos de derechos y no solo como personas en situación de especial protección Silva (2020). Esta evolución normativa y jurisprudencial proporciona útiles elementos para la comparación del ordenamiento ecuatoriano, partiendo incisivamente del rechazo de las preferencias automáticas como se viene indicado, así como del fortalecimiento de la corresponsabilidad parental en la práctica. El análisis que se desarrolló a lo largo de este artículo permite identificar resultados contundentes respecto de la evolución de los derechos de los NNA y, particularmente, del alcance real de la corresponsabilidad parental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En

primer lugar, tenemos que Ecuador ha evolucionado de un sistema tutelar, asistencial y correctivo del NNA hacia un enfoque formal de la protección integral y de la idea de reconocimiento de los niños como sujetos plenos de derechos. Este paso del reconocimiento está determinado de forma decisiva por los instrumentos internacionales de derechos humanos y se traduce tanto en la adopción del Código de la Niñez y Adolescencia como en la Constitución de 2008, que elevan el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental a principios de la jerarquía constitucional. No obstante, uno de los principales resultados del estudio es corroborar que este avance normativo no ha venido seguido de una homologable evolución en la práctica judicial y social.

En segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia constitucional, con atención particular a la sentencia N°. 28-15-IN/21, muestra que la corresponsabilidad parental había sido incorporada durante años como un discurso, pero no como un criterio real en la aplicación de las decisiones judiciales sobre la tenencia. La preferencia materna automática que se prevé en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, actuó en la práctica como una normativa tácita que eliminó el estudio personalizado del interés superior del niño y reprodujo estereotipos de género muy arraigados. La actuación de la Corte Constitucional marcó, en este sentido, un hito al poner en cuestión de manera abierta dichas presunciones, así como al exigir una reinterpretación del Derecho de Familia desde la lógica de igualdad material y corresponsabilidad efectiva. Tomando una visión comparada, los resultados nos muestran que Ecuador se está estandarizando con respecto a otros ordenamientos jurídicos de la región y de Europa, por lo que comparte con

ellos un proceso común de avanzar hacia modelos de crianza más equitativos. Chile, España y Colombia también han avanzado en la eliminación de preferencias legales derivadas de género y en la promoción de una crianza activa por parte de ambos progenitores, si bien arrastran dificultades similares por tensiones entre el diseño normativo y la aplicación judicial. En este sentido, el reconocimiento constitucional expreso de la corresponsabilidad parental en la Constitución ecuatoriana supone un paso positivo muy importante y que, incluso puede ser considerado como mejor (tal vez incluso formalmente) que algunos de estos sistemas, aunque ello depende de su aplicación frente al poder judicial.

La cuestión principal que se deriva de los resultados es la distancia entre el derecho que se proclama y el que se vive. La corresponsabilidad parental, si bien está reconocida como tal, se encuentra muy distante de aquellos modelos culturales de los que hemos hablado, entre los que se encuentran los hábitos y prácticas judiciales, y que tan pronto hacen que la corresponsabilidad parental se vea limitada a una situación casi inexistente, pese a ser explícitamente proclamada, sin que sea entendida como un tipo de mandato judicial que se debe tener presente y actuar en consecuencia.

La sentencia N°. 28-15-IN/21 supone otra de las herramientas con las que se puede intentar cerrar esta brecha, pero su eficacia depende de la habilidad de los operadores jurídicos por apropiarse y hacer suyas las pautas interpretativas que aparecen desde ella, para actuar de acuerdo con lo que se establece en los procesos de tenencia. En definitiva, el trabajo permite discutir que la efectiva protección del interés superior del niño no puede basarse únicamente en reformas legales o pronunciamientos constitucionales en un

sentido o en otro, sino que requiere de una profunda reformulación de las formas en las que se puede conceptualizar y relacionar el papel de una madre y un padre, como de un NNA en relación con los procesos que les afectan. Desde esta perspectiva, el derecho de familia ecuatoriano, el cual ha tenido escasa regulación y un alto grado de informalidad, debe convertir sus avances normativos en el ámbito de los derechos de la infancia y de la familia en prácticas judiciales de la realidad cotidiana, sin estereotipos y verdaderamente orientadas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Conclusiones

Como ya se apuntó, el reconocimiento de los derechos de los NNA no han sido un proceso espontáneo o meramente declarativo, sino el resultado de profundas transformaciones desde lo social, lo político y lo jurídico, configurado desde la infancia, la familia y las responsabilidades parentales. En el caso ecuatoriano, este proceso va a suponer ir rompiendo con modelos tutelares y asistencialistas, y avanzar hacia un enfoque de derechos, en el que los NNA sean sujetos plenos, titulares de derechos exigibles y objetos de una protección integral.

La introducción del principio del interés superior del niño y la corresponsabilidad parental en la normativa jurídica ecuatoriana ha sido el “gran avance” del derecho de familia, donde la Constitución de 2008 y el Código de la Niñez y Adolescencia fijaron un marco normativo que, al menos en lo formal, conllevan a la equidad en la asimilación del principio de corresponsabilidad parental. Por voluntad del legislador, serán siempre las necesidades y el bienestar superior de los NNA quienes tengan que imponerse al momento de adoptar una reparación como, por ejemplo, la relación con los progenitores. Sin embargo, el análisis

realizado demuestra que la mera existencia de normas progresistas por sí solas no ofrece una respuesta positiva a una correcta aplicación de las disposiciones normativas referidas a estas problemáticas.

La Sentencia N°. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, es considerada por los autores como un momento de fricción, ya que será la primera vez que la Corte Constitucional ecuatoriana reaccione cuestionando de forma directa la preferencia materna automática acogida por el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia y que, de forma expresa, declare la incompatibilidad de su aplicación con los principios constitucionales de igualdad ante la ley, no discriminación e interés superior del niño o la niña. Este fallo además de cuestionar la normativa, también critica la práctica judicial que se había venido gestando presente en estereotipos de género, obligando a los operadores del derecho a tener que replantearse la forma de decidir la tenencia y de evaluar la capacidad parental.

La comparación con las legislaciones comparadas de Chile, España y Colombia dan cuenta de la concreción regional e internacional del ejercicio compartido de la patria potestad y la superación de las presunciones automáticas basadas en el género y la consolidación de la corresponsabilidad parental como eje del cuidado y la crianza. Esas experiencias demuestran que la vía para avanzar a modelos más equitativos depende de la determinación constitucional o legal, y la incorporación de criterios que consoliden esos objetivos, además de procurar que los juicios ofrecidos sean más coherentes y que se implementen políticas públicas que posibiliten su ejercicio efectivo. El interés superior del niño tiene que dejar de ser un concepto meramente

declarativo y constituirse como un criterio operativo real, que esté acompañado por motivaciones claras, análisis técnicos interdisciplinarios y decisiones judiciales coherentes. Por ello, se necesita un cambio estructural en la forma orgánica de entender la familia, la paternidad y la maternidad, requiriendo que el Estado, la sociedad y los operadores jurídicos se comprometan a desmontar estereotipos históricos, así como a construir decisiones plenamente orientadas al desarrollo integral de los NNA. Solo desde esa óptica se podrá plasmar un modelo de corresponsabilidad parental y tangible en la vida de los niños del Ecuador.

Referencias Bibliográficas

- Adolescencia, C. (2017). *Código de la Niñez y Adolescencia. Evolución Jurídica*. Igualdad.gob.ec.
<https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo-ninezyadolescencia.pdf>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2013). *Ley No. 20.680: Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*. Diario Oficial de la República de Chile.
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1052090&idParte=9360728&idVersion=2013-06-21>
- Cabrera, J. (2015). *Interés superior del niño: El adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores*. Editora Jurídica.
<https://elibro.net/es/ereader/uleam/80019?page=40>
- Calero, P. (2020). *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño ¿Una reforma normativa para avanzar o retroceder?* Ensayos No. 01, Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional.
https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/03/ensayo_patricia_calero.pdf
- Campaña, F. (2012). *Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador*. Quito: Revista Jurídica.
- Carballido, M. (2014). Repensando los derechos humanos. *Revista Culturas Jurídicas*, 1(2).
<https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/Carballido-2015-Repensando-el-dh-desde-las-luchas.pdf>
- Chile, M. (2013). *Modificación al Código Civil Chileno. Ley 20680*. Santiago de Chile.
- Chile, M. d. (2022). *Código Civil de Chile*. Santiago de Chile: Congreso Nacional.
- Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En E. & García-Méndez, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (pp. 69–85). Ediciones Temis. <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/Carballido-2015-Repensando-el-dh-desde-las-luchas.pdf>
- Colombia, C. (2006). *Congreso de Colombia*. Bogotá: Secretaría Nacional.
- Colombia, S. (2011). *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Secretaría Jurídica
<https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/Carballido-2015-Repensando-el-dh-desde-las-luchas.pdf>
- Consolidada, L. (2007). *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Madrid: Jefatura del Estado.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Sentencia N.º 064-15-SEP-CC (Caso N.º 0331-12-EP)*. Corte Constitucional del Ecuador.
https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJ9
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Sentencia N.º 184-18-SEP-CC (Caso N.º 1692-12-EP)*. Corte Constitucional del Ecuador.
https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY
- Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
<https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador-act-ene-2021.pdf>

- Ecuador, A. N. (22 de octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Ediciones Legal. <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998sdasdas>
- Ecuador, C. C. (24 de noviembre de 2021). *Sentencia No. 28-15-IN/21 IN - Acción Pública de Inconstitucionalidad*. Corte Constitucional del Ecuador. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY
- España, C. (1978). *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- España. Jefatura del Estado. (1889). *Código Civil Español*. Boletín Oficial del Estado. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Codigo_Civil.PDF
- España. Jefatura del Estado. (1996). *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). (29 de abril de 2013). *Sentencia N.º 257/2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246)*. Consejo General del Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e8301dc82375d41ea0a8778d75e36f0d#>
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). (17 de octubre de 2017). *Sentencia N.º 564/2017 (ECLI:ES:TS:2017:3718)*. Consejo General del Poder Judicial. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>
- Gándara, C. (2014). *Repensando los derechos humanos desde las luchas*. Revista Culturas Jurídicas, 1. <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/Carballido-2015-Repensando-el-dh-desde-las-luchas.pdf>
- Guerra, S. (2019). *La custodia compartida en Colombia* [Tesis de grado, Universidad Santo Tomás]. <http://dx.doi.org/10.15332/tg.pre.2019.00353>
- Instituto Nacional de Estadísticas INE. (2023). *Sistema de Indicadores de Género (SEG)*. Gobierno de Chile. <https://www.estadisticasdegenero.cl/indicadores/inclusion-social/>
- Jüneman, F., & Campino, V. (2019). *Manual de corresponsabilidad parental en el mundo del trabajo*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY
- Justicia, M. (2023). *Código Civil de España*. Madrid: Agencia Estatal. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY
- Lathrop, F. (2009). Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas. *Diario La Ley*, 26. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY
- Obrador, R. (2017). *Análisis comparado legislación de infancia en países miembros de la OEA*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY
- Patricia, T. (2022). *La sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21 y su incidencia en los derechos de los menores*. Universidad Nacional de Chimborazo. <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/->
- Peñafiel, J. (2023). *Análisis de la Sentencia 28-15/21 IN de la Corte Constitucional del Ecuador y su repercusión en la materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia*. UCUENCA. <https://rest-dspace.ucuenca.edu.ec/server/api/core/bitstreams/e893146f-6b18-423d-bdee-a389ebec56ff/content>
- Peñafiel, L. (2023). *Análisis de la Sentencia 28-15/21 IN de la Corte Constitucional del Ecuador y su repercusión en la materia de familia, mujer, niñez y adolescencia*. Repositorio de la Universidad de Cuenca. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/42830>
- Tapia, J. (2020). *El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales: Análisis a la luz del derecho comparado*. <https://monografias.editorial.upv.es/index.php/iya/article/view/161>

UNICEF. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. United Nations. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

UNICEF. (2008). *Historia de los derechos del niño*. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

Zabala, L. (2019). *De la autoridad a la responsabilidad parental*. Bogotá:

Universidad Santo Tomás.
https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/stora/ge/api/v1/10_DWL_FL/eyJjY



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional. Copyright © Fátima Liseth Briones Chávez, Israel Antonio Cruz Marte.

Declaraciones éticas y editoriales del artículo
Contribución de los autores (Taxonomía CRediT) Fátima Liseth Briones Chávez: conceptualización de la investigación, diseño metodológico, desarrollo del proceso investigativo, análisis formal de los datos, redacción del borrador original del manuscrito, revisión crítica del contenido científico y supervisión general del estudio. Israel Antonio Cruz Marte: curación y organización de los datos, participación en la recolección de información, validación de los resultados obtenidos y elaboración de representaciones gráficas y visualización de los datos.
Declaración de conflicto de intereses Los autores declaran que no existe conflicto de intereses en relación con la investigación presentada, la autoría del manuscrito ni la publicación del presente artículo.
Declaración de financiamiento La presente investigación no recibió financiamiento específico de agencias públicas, comerciales o de organizaciones sin fines de lucro. En caso de existir financiamiento institucional o externo, este deberá ser declarado explícitamente por los autores en esta sección.
Declaración del editor El editor responsable certifica que el proceso editorial del presente artículo se desarrolló conforme a los principios de integridad científica, transparencia y buenas prácticas editoriales. El manuscrito fue sometido a un proceso de evaluación mediante revisión por pares doble ciego, garantizando la confidencialidad de la identidad de los autores y revisores durante todo el proceso de dictamen académico. Asimismo, el editor declara que el artículo cumple con los criterios científicos, metodológicos y éticos establecidos por la revista.
Declaración de los revisores Los revisores externos que participaron en la evaluación del presente manuscrito declaran haber realizado el proceso de revisión de manera objetiva, independiente y confidencial. Asimismo, manifiestan que no mantienen conflictos de interés con los autores ni con la investigación evaluada, y que sus observaciones y recomendaciones se fundamentan exclusivamente en criterios científicos, metodológicos y académicos.
Declaración ética de la investigación Los autores declaran que la investigación se desarrolló respetando los principios éticos de la investigación científica, garantizando la confidencialidad de los datos y el respeto a los participantes del estudio. En los casos en que la investigación involucre seres humanos, los procedimientos deben ajustarse a los principios éticos establecidos en la Declaración de Helsinki y a las normativas institucionales correspondientes.
Declaración sobre el uso de inteligencia artificial Los autores declaran que el uso de herramientas de inteligencia artificial, en caso de haberse utilizado durante el proceso de investigación o redacción del manuscrito, se realizó únicamente como apoyo técnico para mejorar la claridad del lenguaje o el análisis de información, manteniendo siempre la responsabilidad intelectual sobre el contenido del artículo. Las herramientas de inteligencia artificial no fueron utilizadas como autoras del manuscrito ni sustituyen la responsabilidad académica de los investigadores.
Disponibilidad de datos Los datos que respaldan los resultados de esta investigación estarán disponibles previa solicitud razonable al autor de correspondencia, respetando las normas éticas y de confidencialidad establecidas por la investigación.

