

UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CUSTODIA COMPARTIDA FRENTE A VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

JENNIFER LIZBETH BAILON ALARCON

NOMBRE DEL TUTOR:

DRA. MIRELLA ALEJANDRA TONATO CHICA

SAMBORONDÓN, 18-02-2025

CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de tutora de **Jennifer Lizbeth Bailon Alarcon**, estudiante de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo,

CERTIFICO

Que, una vez analizado el trabajo de titulación titulado *"PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CUSTODIA COMPARTIDA FRENTE A VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO EN EL AÑO 2026"*, presentado como requisito previo a obtener el grado de Abogado, el mismo cumple con los requisitos y méritos académicos, razón por la cual lo **APRUEBO** en su totalidad.

DRA. MIRELLA ALEJANDRA TONATO CHICA
TUTORA

INFORMACIÓN DEL AUTOR

Apellidos y nombres: BAILON ALARCON JENNIFER LIZBETH

Universidad: Universidad de Especialidades Espíritu Santo – Ecuador (UESS)

Correo institucional: jennifer.bailon@uees.edu.ec

Dirección de correspondencia: Facultad de Derecho Edificio P, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón.

DEDICATORIA

A mis padres, por ser el pilar más firme en cada etapa de mi vida. Gracias por su sacrificio, su amor incondicional y por enseñarme que los sueños se alcanzan con esfuerzo y perseverancia. Este logro es tan mío como de ustedes.

A mi hermana, aunque todavía estás creciendo, eres una de mis razones más grandes para seguir adelante. Espero que este camino que hoy termino te inspire a perseguir los tuyos sin miedo.

Y a Dios, por darme la fuerza en los momentos difíciles, por guiar cada paso y por permitirme llegar hasta aquí.

AGRADECIMIENTO

Agradezco profundamente a la Universidad de Especialidades Espíritu Santo y a la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, por brindarme una formación jurídica rigurosa y comprometida con la justicia.

A mi tutora, la **Dra. Mirella Alejandra Tonato Chica**, por su orientación permanente, su exigencia académica y por creer en este trabajo desde el primer día, su guía fue fundamental para que esta investigación tomara forma y profundidad.

RESUMEN

El presente trabajo examina uno de los problemas jurídicos más complejos que enfrentan hoy los juzgados de familia, el cómo proteger el interés superior del niño al determinar la custodia compartida y existe violencia intrafamiliar sin que exista sentencia condenatoria, en el Distrito Metropolitano de Quito durante el año 2026. El objetivo de este estudio es examinar si el marco jurídico ecuatoriano vigente en particular tras la Sentencia N.° 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional ofrece criterios suficientes para que los jueces de familia protejan de manera efectiva a los niños, niñas y adolescentes (NNA) en estos casos. Para ello se realiza un análisis dogmático-jurídico de la normativa correspondiente a nivel nacional e internacional, en el cual se evidencia que la eliminación de la preferencia materna generó un vacío normativo, porque se evidencia que los juzgados carecen de criterios uniformes para evaluar el riesgo cuando no existe condena penal, no disponen de protocolos técnicos estandarizados, y los procesos penales y de familia operan sin coordinación efectiva. Como resultado, la protección que recibe un NNA depende del juzgado en el que su proceso fue asignado y no de sus derechos. Se concluye que esta realidad exige una respuesta normativa e institucional concreta, cuyo contenido y fundamento se desarrolla en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: interés superior del niño, custodia compartida, violencia intrafamiliar, corresponsabilidad parental.

ABSTRACT

This paper examines one of the most complex legal challenges currently facing family courts: how to protect the best interests of the child when determining joint custody in cases involving domestic violence without a criminal conviction, within the Metropolitan District of Quito during 2026. The study aims to assess whether Ecuador's current legal framework, particularly following Constitutional Court Ruling No. 28-15-IN/21, provides sufficient criteria for family court judges to effectively protect children and adolescents in such cases. To this end, a dogmatic-legal analysis of the applicable national and international regulations is conducted, revealing that the elimination of the maternal preference generated a normative gap. The analysis shows that family courts lack uniform criteria for assessing risk in the absence of a criminal conviction, do not have standardized technical protocols, and that criminal and family proceedings operate without effective coordination. As a result, the protection afforded to a child depends on the court to which the case is assigned rather than on the child's rights. The paper concludes that this reality demands a concrete normative and institutional response, the content and legal basis of which are developed throughout this work.

KEYWORDS: best interests of the child, joint custody, domestic violence, parental co-responsibility.

ÍNDICE

CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR. 2

INFORMACIÓN DEL AUTOR. 3

DEDICATORIA 4

AGRADECIMIENTO. 5

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE. 6

ABSTRACT AND KEYWORDS. 7

ÍNDICE 8

INTRODUCCIÓN 9

MARCO JURÍDICO 12

Principio del interés superior del niño y su aplicación en custodia compartida 12

Corresponsabilidad parental y reforma del régimen de custodia en Ecuador 14

La violencia intrafamiliar en los procesos de custodia 16

La determinación de custodia compartida ante indicios de violencia intrafamiliar sin sentencia condenatoria 18

ANÁLISIS JURÍDICO 20

El interés superior del niño y la custodia compartida en la actualidad 20

Déficits estructurales que comprometen la protección judicial del NNA 23

Propuesta de una reforma concreta para cerrar los vacíos legales que ponen en riesgo a los NNA 25

CONCLUSIONES 27

RECOMENDACIONES 29

BIBLIOGRAFÍA 30

INTRODUCCIÓN

1. Problema jurídico

La Sentencia N° 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional eliminó la preferencia materna en la asignación de custodia, estableciendo que debe primar el interés superior del niño mediante una evaluación caso por caso. Sin embargo, esta nueva configuración jurídica genera tensión cuando existe violencia intrafamiliar: los jueces deben equilibrar la protección efectiva del interés superior del niño, la prevención de violencia intrafamiliar, el principio de inocencia del progenitor denunciado y el derecho a la corresponsabilidad parental.

El problema se agudiza porque la ausencia de una condena no implica ausencia de riesgo, y las medidas de protección tienen naturaleza preventiva mas no sancionatoria.

2. Pregunta de investigación

¿Cómo garantizar la protección efectiva del interés superior del niño en los procesos de determinación de custodia compartida cuando existen indicios o denuncias de violencia intrafamiliar que no tienen sentencia condenatoria, considerando la tensión entre el derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores y su derecho a vivir libre de violencia en el Distrito Metropolitano de Quito?

3. Objetivos

Analizar la aplicación del principio del interés superior del niño en situaciones de violencia intrafamiliar donde no existe una sentencia condenatoria, en el Distrito Metropolitano de Quito durante el año 2026, a fin de identificar criterios que garanticen la protección efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Objetivos específicos:

1. Examinar el marco jurídico y jurisprudencial aplicable a la determinación de custodia compartida tras la Sentencia N° 28-15-IN/21, identificando los estándares de protección del interés superior del niño y su relación con el principio de corresponsabilidad parental.

2. Determinar los criterios que utilizan los jueces de familia para evaluar el riesgo hacia niños, niñas y adolescentes en casos de custodia compartida donde existen denuncias de violencia intrafamiliar sin sentencia condenatoria.

3. Analizar la tensión jurídica entre el principio de inocencia del progenitor denunciado y la función preventiva de las medidas de protección en el contexto de decisiones sobre custodia compartida.

4. Identificar los mecanismos de valoración probatoria y herramientas periciales empleados por los operadores de justicia para determinar el riesgo de violencia vicaria y la afectación del interés superior del niño en ausencia de sentencia condenatoria.

4. Enfoque metodológico

Enfoque principal: Dogmático-jurídico con complemento jurisprudencial

Se utilizará el enfoque dogmático-jurídico porque permite estudiar las normas jurídicas vigentes. Esto significa que se analizarán e interpretarán los artículos del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA) y de la Constitución, aplicando tres

principios fundamentales: el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental (ambos padres tienen iguales derechos y deberes), y la protección contra la violencia.

Además, se incluye un enfoque jurisprudencial porque es necesario estudiar las sentencias de los tribunales, especialmente de la Corte Constitucional. Este enfoque es indispensable porque desde el año 2020 estas sentencias han cambiado el régimen de custodia de los niños. Por ejemplo, la Sentencia N° 28-15-IN/21 no solamente eliminó la preferencia de dar la custodia a la madre, sino que también estableció instrucciones claras y obligatorias sobre cómo los jueces deben decidir estos casos.

Esta combinación de enfoques es la más adecuada para esta investigación porque el problema no se resuelve únicamente leyendo las leyes. El verdadero desafío está en entender cómo aplican los jueces estas normas en la práctica cuando existe violencia intrafamiliar pero no hay una sentencia que condene al agresor. Por eso se necesita estudiar tanto las leyes escritas como las decisiones judiciales reales que sirven de ejemplo y guía.

MARCO JURÍDICO

1. Principio del interés superior del niño y su aplicación en custodia compartida

Cuando un juez de familia en la ciudad de Quito debe decidir con quién va a vivir un niño NNA después de que sus padres se separan, la primera pregunta que debe hacerse no es quién tiene más dinero ni quién pide la custodia con mayor insistencia, sino qué es lo que realmente le conviene al NNA. Esa es la esencia del interés superior del niño (ISN), un principio que obliga a todas las autoridades a poner el bienestar del NNA por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de los propios padres.[1]

Este principio está reconocido en el artículo 44 de la Constitución del Ecuador,[2] que establece que el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar el desarrollo integral de los NNA con atención prioritaria. El artículo 11 del CONA[3] lo convierte en una obligación concreta para los jueces: todas sus decisiones deben estar orientadas a garantizar el ejercicio real de los derechos de los NNA. La Convención sobre los Derechos del Niño refuerza esto en su artículo 3 al señalar que en cualquier decisión que afecte a un NNA, su interés superior será lo primero que se tome en cuenta.[4]

---

[1] CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y derechos del niño*, núm. 1, UNICEF, 1999, p. 47.https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

[2] Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008), arts. 44 y 76.2.

[3] Art. 11, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003).https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf

[4] Art. 3.1, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Naciones Unidas, Resolución 44/25 (20 de noviembre de 1989).https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

En la práctica, esto significa que un juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Quito no puede decidir la custodia basándose únicamente en lo que dicen los padres durante la audiencia. Debe ir más allá: revisar informes psicológicos, escuchar al NNA si tiene la edad suficiente para expresarse, conocer cómo es su vida diaria, y detectar si existe algún riesgo en el hogar de cualquiera de los dos padres. Solo así puede tomar una decisión que realmente proteja al NNA y no solo cumpla con una formalidad legal.[5]

2. Corresponsabilidad parental y reforma del régimen de custodia en Ecuador

Durante muchos años, la ley ecuatoriana establecía que si los padres se separaban, los hijos menores de doce años se quedaban automáticamente con la madre. Esta regla estaba en el artículo 106 del CONA[6] y respondía a la idea de que la madre era, por naturaleza, la persona más apta para cuidar a sus hijos. Sin embargo, esta forma de pensar dejaba de lado algo muy importante: hay madres que no pueden o no quieren hacerse cargo de sus hijos, y hay padres que son excelentes cuidadores, y la ley no lo reconocía.

Eso cambió con la Sentencia N.° 28-15-IN/21, dictada por la Corte Constitucional el 24 de noviembre de 2021.[7] La Corte declaró que esa preferencia automática hacia la madre era inconstitucional porque violaba el principio de igualdad

[5]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, Naciones Unidas, 2013, párr. 6.https://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment14.pdf

[6]Art. 106, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (texto anterior a la Sentencia N.° 28-15-IN/21).

[7]Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*, Caso N.° 28-15-IN, 24 de noviembre de 2021.https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/

entre hombres y mujeres y porque no garantizaba que la decisión se tomara pensando en el NNA. A partir de esa sentencia, los jueces de Quito ya no pueden asignar la custodia de forma automática: deben evaluar a cada padre por separado, conocer su situación real y decidir cuál de los dos, o si ambos en custodia compartida, pueden garantizar mejor el bienestar del NNA.

Este cambio fue positivo en muchos aspectos, pero también creó un problema serio que la propia Corte no pudo resolver del todo. Las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en su voto salvado,[8] advirtieron que la sentencia no consideró adecuadamente qué pasa cuando uno de los padres ha ejercido violencia contra el otro. En esos casos, obligar a ambos padres a compartir la custodia o a mantener contacto constante puede poner en riesgo tanto a la madre como a los hijos.

3. La violencia intrafamiliar en los procesos de custodia

La violencia intrafamiliar no es un fenómeno abstracto es algo que ocurre dentro de los hogares de Quito todos los días, cuando una pareja se separa y existe un historial de violencia, los hijos no son simples espectadores son NNA que han vivido o presenciado esa violencia y que cargan con sus consecuencias emocionales y psicológicas.[9] Por eso, cuando un juez analiza un caso de custodia compartida donde hay denuncias de violencia, no puede ignorarlas aunque no exista todavía una sentencia penal que condene al agresor.

---

[8]Corte Constitucional del Ecuador, voto salvado de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en *Sentencia N.° 28-15-IN/21*, Caso N.° 28-15-IN, 24 de noviembre de 2021.https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/

[9]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*.

La Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres LOIPEVM[10] reconoce en su artículo 10 distintas formas de violencia: física, psicológica, sexual, económica y simbólica. Todas pueden darse dentro del hogar y todas afectan a los NNA, aunque a veces de formas que no son visibles a simple vista. La LOIPEVM también establece que las medidas de protección deben aplicarse de inmediato y tienen un objetivo preventivo, no sancionador.

Esto es fundamental en los casos de custodia: si existe una medida de protección activa contra uno de los padres, el juez de familia debe tomar eso en cuenta como una señal de alerta, aunque el proceso penal todavía no haya terminado. El Código Orgánico Integral Penal COIP[11] tipifica en sus artículos 151 a 157 los delitos de violencia contra la mujer y el núcleo familiar, incluyendo lesiones físicas y violencia psicológica. La denuncia de estos delitos, aun sin condena, activa la obligación del juez de actuar con precaución al momento de decidir la custodia.

Una de las formas de violencia intrafamiliar más difíciles de detectar en los procesos de custodia en Quito ocurre cuando el progenitor que ha ejercido violencia, al perder el control sobre su pareja después de la separación, empieza a usar a los NNA

[10]Art. 10, *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres* (Registro Oficial Suplemento 175, 5 de febrero de 2018).https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2018/05/ley-organica-para-prevenir-y-erradicar-la-violencia-contra-las-mujeres.pdf

[11]Arts. 151–157, *Código Orgánico Integral Penal* (Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014).https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf

como herramienta para seguir causando daño. No siempre es fácil de ver porque muchas veces se disfraza de amor paternal o de lucha por los derechos del padre.[12]

En la práctica, estas conductas pueden verse de muchas formas: un padre que interpone demandas de custodia de forma repetida no porque le interese el bienestar de sus hijos, sino para obligar a la madre a seguir teniendo contacto con él; un padre que incumple los acuerdos de visitas para generar angustia; un padre que habla mal de la madre frente a los NNA para deteriorar esa relación; o, en los casos más extremos, un padre que daña físicamente a los NNA para destruir a la madre de la manera más profunda posible. Estos casos, lamentablemente, no son ajenos a la realidad ecuatoriana.

En Ecuador, estas conductas encubiertas de violencia intrafamiliar postseparación no cuentan aún con regulación específica en el COIP,[13] aunque existen propuestas de reforma en la Asamblea Nacional. Mientras esa reforma no se apruebe, los jueces de familia en Quito deben identificar estas situaciones con las herramientas que ya tienen: los informes del Equipo Técnico de los juzgados, los informes sociales y las evaluaciones psicológicas de los NNA.[14]

Los jueces de familia en Quito enfrentan un dilema real y frecuente: ¿qué hacer cuando una madre denuncia que el padre ha ejercido violencia, pero el proceso penal aún no ha terminado y no existe una condena? Si el juez espera a que haya sentencia

[12]CILLERO BRUÑOL, *El interés superior del niño*.
[13]Art. 155, *Código Orgánico Integral Penal*.
[14]Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*.

penal para tomar medidas, puede estar dejando a un NNA expuesto a un riesgo real durante meses o incluso años. Si actúa sin prueba suficiente, puede estar afectando injustamente a un padre que es inocente.[15]

La Constitución, en su artículo 76, numeral 2, reconoce el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no exista una sentencia condenatoria. Sin embargo, los procesos de custodia no son procesos penales: su objetivo no es sancionar a nadie, sino proteger al NNA. Por eso, el artículo 11 del CONA[16] permite al juez adoptar medidas de protección cuando existan señales suficientes de riesgo, sin necesidad de esperar una condena penal.

Lo importante es entender que en este tipo de casos el juez no está declarando culpable a nadie: está tomando medidas temporales para proteger a un NNA mientras el sistema judicial resuelve la situación de fondo. Esa diferencia es clave para entender por qué la presunción de inocencia y la protección del NNA pueden coexistir si el juez actúa con criterio, con información técnica y siempre pensando en el bienestar del NNA.

Tomar una buena decisión en un caso de custodia donde existe violencia intrafamiliar no depende solo del criterio personal del juez: depende también de la calidad de la información que tiene disponible. En los Juzgados de la Familia, Mujer,

[15]CILLERO BRUÑOL, *El interés superior del niño*, p. 47.
[16]Art. 11, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.

Niñez y Adolescencia del Distrito Metropolitano de Quito, los jueces pueden apoyarse en varias herramientas técnicas para evaluar el riesgo de forma objetiva.

El Equipo Técnico de los juzgados está conformado por psicólogos y trabajadores sociales que pueden realizar evaluaciones especializadas tanto a los padres como a los NNA. La Junta Cantonal de Protección de Derechos también puede intervenir cuando se detectan situaciones de riesgo. Los informes sociales, por su parte, permiten conocer cómo es la vida diaria del NNA en cada hogar.

El artículo 117 del Código Orgánico General de Procesos COGEP[17] establece que quien afirma algo debe probarlo. Sin embargo, en los casos de niñez, el principio del ISN obliga al juez a tener un papel activo: puede ordenar por su cuenta la realización de pericias cuando la información disponible no es suficiente. Además, el artículo 60 del CONA[18] reconoce el derecho del NNA a ser escuchado en los procesos que lo afecten. Escuchar al NNA con el apoyo de un psicólogo especializado, en un ambiente seguro y sin presiones puede ser una de las fuentes de información más importantes para el juez.[19]

4. La determinación de custodia compartida ante indicios de violencia intrafamiliar sin sentencia condenatoria

Uno de los problemas más graves que enfrenta un juez de familia en Quito es que la ley no le dice con claridad qué debe hacer cuando llega a su despacho un caso

[17]Art. 117, *Código Orgánico General de Procesos* (Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015).https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/cogep.pdf
[18]Art. 60, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.
[19]CILLERO BRUÑOL, *El interés superior del niño*.

de custodia compartida donde existe una denuncia de violencia intrafamiliar, pero no hay todavía una sentencia penal. La Sentencia N.° 28-15-IN/21 eliminó la preferencia materna y ordenó evaluar caso por caso, pero no estableció criterios concretos sobre cómo debe actuar el juez cuando uno de los padres tiene antecedentes de violencia sin condena.

En la práctica, este vacío se traduce en decisiones desiguales: dos jueces del mismo distrito pueden resolver de forma completamente distinta un caso con características similares. El NNA, en ambos casos, es el mismo: un menor expuesto a una situación de riesgo cuya protección depende del criterio individual del juez y no de una norma clara.

Este vacío se profundiza porque el CONA[20] no define qué nivel de evidencia necesita el juez de familia para limitar o negar la custodia compartida cuando hay indicios de violencia. El artículo 106 establece que el juez debe considerar el ISN y la corresponsabilidad parental, pero no indica qué pasa cuando esos dos principios entran en conflicto: el derecho del NNA a relacionarse con ambos padres versus su derecho a vivir libre de violencia.

A esto se suma que el proceso penal y el proceso de familia corren en paralelo pero sin comunicación efectiva. No existe en Ecuador ninguna norma que obligue al juzgado penal a notificar al juzgado de familia cuando dicta medidas de protección que afectan a un NNA. Esta falta de coordinación entre sistemas es una consecuencia

[20]Art. 106, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.

directa de la ausencia de una norma que obligue a los dos procesos a comunicarse y a complementarse.

Ecuador no está solo en este desafío. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19,[21] obliga a todos los Estados a proteger a los NNA contra cualquier forma de violencia, maltrato o abuso dentro del hogar, incluso cuando el agresor es uno de sus padres. La Convención de Belém do Pará,[22] ratificada por Ecuador, exige que el Estado actúe con seriedad y rapidez frente a la violencia contra la mujer, lo que incluye también proteger a sus hijos cuando están expuestos a esa violencia.

La Observación General N.° 14 del Comité de los Derechos del Niño, señala de forma clara que al evaluar el ISN, los jueces deben considerar explícitamente su derecho a ser protegido del maltrato y la violencia, sin importar quién sea el agresor. Según el artículo 424 de la Constitución,[23] los tratados internacionales de derechos humanos son de obligatorio cumplimiento y prevalecen sobre la ley interna cuando ofrecen mayor protección. Esto significa que los jueces de Quito no solo pueden, sino que deben aplicar estos estándares internacionales.

[21]Art. 19.1, *Convención sobre los Derechos del Niño*.

[22]Art. 7, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"* (Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994).https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf

[23]Art. 424, *Constitución de la República del Ecuador*.

ANÁLISIS JURÍDICO

1. El interés superior del niño y la custodia compartida en la actualidad

Cuando se estudia cómo funcionan en la práctica los juzgados de familia del Distrito Metropolitano de Quito, una de las primeras cosas que llama la atención es que el ISN aparece mencionado en casi todas las resoluciones de custodia, pero pocas veces explicado. Los jueces lo invocan como si su sola mención fuera suficiente para justificar la decisión adoptada, sin detenerse a mostrar de qué manera los hechos concretos del caso llevaron a ese resultado. Eso es un problema, porque el ISN no es una frase que valida cualquier decisión: es un mandato que exige razonamiento, análisis y fundamentación real.[24]

El artículo 44 de la Constitución[25] es claro: el Estado tiene la obligación de garantizar el desarrollo integral de los NNA con atención prioritaria. El artículo 11 del CONA lo refuerza al decir que el ISN debe orientar todas las decisiones que afecten a los NNA, sin excepción. Y la Observación General N.° 14 del Comité de los Derechos del Niño[26] le da al ISN tres dimensiones que no pueden ignorarse: es un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. Quien no cumple con estas tres dimensiones no está aplicando el ISN: está usándolo de adorno.

La Sentencia N.° 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional[27] cambió las reglas del juego en materia de custodia. Al declarar inconstitucional la preferencia automática de la madre del artículo 106 del CONA,[28] la Corte estableció que desde ese momento

[24]CILLERO BRUÑOL, *El interés superior del niño*, p. 48.
[25]Art. 44, *Constitución de la República del Ecuador*.
[26]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*, párr. 6.
[27]Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*.
[28]Art. 106, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.

los jueces deben evaluar a ambos progenitores en igualdad de condiciones. El problema es que este nuevo modelo parte de un supuesto que no siempre existe: que la relación entre los padres, aunque conflictiva, es una relación sin violencia.

Cuando hay violencia intrafamiliar de por medio, el ISN no desaparece como criterio central, pero sí cambia lo que exige. La Observación General N.° 14[29] es directa: cuando el ISN entra en conflicto con otros principios, el bienestar del NNA es la prioridad. Así lo confirma también el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño,[30] que establece expresamente que el contacto del NNA con ambos padres cede cuando resulta contrario a su propio interés superior.

Uno de los derechos que más fácilmente se pasa por alto en estos procesos es el derecho del NNA a ser escuchado, reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño[31] y en el artículo 60 del CONA.[32] No es opcional ni depende de la voluntad del juez: es parte del ISN, y su omisión es en sí misma una vulneración de ese principio. El juez que omite este elemento no solo viola un derecho: construye su decisión sobre una base incompleta.

El punto central de este primer análisis es que la corresponsabilidad parental y el ISN no son principios opuestos. En una familia sin violencia, la custodia compartida es justamente una forma de proteger el ISN. Pero cuando existe violencia, ese mismo NNA no experimenta la custodia compartida como un derecho, sino como una condena

[29]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*, párr. 39.
[30]Art. 9.1, *Convención sobre los Derechos del Niño*.
[31]Art. 12.1, *Convención sobre los Derechos del Niño*.
[32]Art. 60, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.

a seguir viviendo en el entorno de miedo del que el sistema debería haberle sacado. Las consecuencias de eso están documentadas: ansiedad, dificultades para crear vínculos, bajo rendimiento escolar y, en los casos más graves, secuelas emocionales que duran toda la vida.[33]

2. Déficits estructurales que comprometen la protección judicial del NNA

El problema que enfrentan los jueces de familia del Distrito Metropolitano de Quito no es de buena voluntad. En su gran mayoría, los jueces y los abogados quieren proteger al NNA. El problema es que el sistema no les da las herramientas necesarias para hacerlo de manera uniforme y predecible cuando el caso involucra violencia intrafamiliar sin sentencia penal.[34]

La Sentencia N.° 28-15-IN/21 marcó un antes y un después en materia de custodia, pero dejó abierta una pregunta que los juzgados de Quito se hacen todos los días: ¿qué hace el juez cuando frente a él hay un expediente con indicios de violencia intrafamiliar pero sin condena penal? Las propias magistradas Corral Ponce y Nuques Martínez lo señalaron en su voto salvado:[35] la sentencia corrigió la discriminación de género en la preferencia materna, pero no dijo nada sobre cómo debe actuar el juez en estos casos.

La consecuencia directa es la disparidad. Cuando no hay norma que guíe, la protección que recibe un NNA depende de qué juez le tocó en el reparto de causas, no

[33]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*.
[34]Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*.
[35]Corte Constitucional del Ecuador, voto salvado Corral Ponce / Nuques Martínez, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*.

de sus derechos. Eso viola el artículo 11 de la Constitución,[36] que garantiza igualdad ante la ley para todas las personas. Pero mientras no existan criterios normativos específicos para estos casos, eso es exactamente lo que sigue ocurriendo.[37]

El segundo vacío está en los equipos técnicos de los juzgados. Los psicólogos y trabajadores sociales son, en muchos casos, la fuente más importante de información que el juez tiene para tomar una decisión bien fundada. El problema es que no todos los equipos trabajan igual, porque no existe un protocolo institucional que establezca los estándares mínimos que deben seguirse en casos con indicios de violencia intrafamiliar.[38]

El tercer vacío es de coordinación institucional. El proceso penal y el proceso de familia pueden correr al mismo tiempo sobre los mismos hechos y sobre los mismos NNA, pero sin que los juzgados se comuniquen entre sí. No existe en Ecuador ninguna norma que obligue al juzgado penal a notificar al juzgado de familia cuando dicta medidas de protección que afectan a un NNA. Eso no es un error humano: es el resultado previsible de un diseño que no contempló esta situación.[39]

3. Propuesta de una reforma concreta para cerrar los vacíos legales que ponen en riesgo a los NNA

Con base en todo lo analizado, esta investigación concluye que los problemas identificados no pueden resolverse con interpretaciones más creativas de las normas vigentes ni con la buena disposición de cada juez. Esta propuesta se funda en tres

[36]Art. 11.2, *Constitución de la República del Ecuador*.
[37]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*.
[38]*Ibid.*
[39]Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*.

mandatos que el Estado ecuatoriano ya asumió y que está obligado a cumplir: el artículo 44 de la Constitución,[40] el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño[41] y el deber de actuar con debida diligencia que impone la Convención de Belém do Pará.[42]

El primer cambio necesario es en el artículo 106 del CONA.[43] Debe incorporarse una regla clara: cuando existe un proceso penal activo por violencia intrafamiliar contra uno de los progenitores, la custodia compartida no procede de manera automática. Este cambio no significa presumir culpabilidad: significa reconocer que en situaciones de incertidumbre sobre el riesgo para un NNA, el Estado debe actuar con precaución, tal como lo exige la Observación General N.° 14.[44]

El segundo cambio es definir en la norma qué nivel de evidencia necesita el juez de familia para tomar medidas cautelares de protección del NNA cuando no hay sentencia penal. La norma debe ser clara: una denuncia sola, sin respaldo técnico, no es suficiente. Pero la falta de condena penal tampoco puede ser un obstáculo cuando hay indicios objetivos que muestran un riesgo real para el NNA. Ese equilibrio no es difícil de alcanzar jurídicamente;[45] lo que falta es la voluntad de establecerlo en la ley.

El tercer cambio es crear protocolos de evaluación del riesgo que todos los juzgados de familia del Distrito Metropolitano de Quito estén obligados a aplicar. Deben definir qué indicadores de riesgo hay que revisar siempre, qué instrumentos

[40]Art. 44, *Constitución de la República del Ecuador*.
[41]Art. 3, *Convención sobre los Derechos del Niño*.
[42]Art. 7, *Convención de Belém do Pará*.
[43]Art. 106, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (texto vigente).
[44]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*, párr. 84.
[45]CILLERO BRUÑOL, *El interés superior del niño*.

psicológicos usar, cómo entrevistar al NNA para que pueda expresarse libremente conforme al artículo 60 del CONA[46] y cómo presentar el informe al juez para que sea verdaderamente útil.[47]

El cuarto cambio es de coordinación deben existir mecanismos legales que obliguen a los juzgados penales a notificar a los juzgados de familia cuando dictan medidas de protección que involucran a NNA. Esto no requiere una inversión tecnológica extraordinaria: el sistema informático de la Función Judicial ya existe.[48] Solo falta la norma que lo exija.

La reforma que esta investigación propone no es un ejercicio teórico: es la respuesta directa a una vulnerabilidad real que los juzgados de Quito generan hoy, en procesos concretos, sobre NNA concretos. El Estado ecuatoriano tiene la obligación constitucional e internacional de resolverla.[49]

[46]Art. 60, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*.
[47]Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.° 14*.
[48]Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.° 28-15-IN/21*.
[49]Art. 44, *Constitución de la República del Ecuador*; art. 3, *Convención sobre los Derechos del Niño*; art. 7, *Convención de Belém do Pará*.

CONCLUSIONES

La Sentencia N.° 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional eliminó la preferencia materna y estableció la corresponsabilidad parental como nuevo modelo de custodia, lo cual representó un avance significativo para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, ese cambio no vino acompañado de criterios claros para proteger a los niños, niñas y adolescentes en los casos donde existe violencia intrafamiliar sin sentencia condenatoria.

A partir de ese vacío legal, el principio del interés superior del niño reconocido en el artículo 44 de la Constitución, en el artículo 11 del CONA y desarrollado por la Observación General N.° 14 no puede reducirse a una mención formal en las resoluciones judiciales, sino que exige que el juez analice con rigor cada caso, valore la evidencia disponible y tome decisiones que protejan de manera real al niño, niña o adolescente, especialmente cuando su integridad está en riesgo.

Frente a esa exigencia, la tensión entre la presunción de inocencia del progenitor denunciado artículo 76, numeral 2, de la Constitución y la protección del niño, niña o adolescente no es una contradicción irresoluble, pues el proceso penal busca sancionar y el proceso de familia busca proteger; por ello, la ausencia de condena penal no puede convertirse en un obstáculo para que el juez adopte medidas cautelares cuando existen indicios objetivos de riesgo.

No obstante, actuar con ese criterio resulta difícil cuando los juzgados de familia del Distrito Metropolitano de Quito carecen de protocolos unificados de evaluación del riesgo y de mecanismos de coordinación con la jurisdicción penal. Esa

variabilidad contradice los estándares que la Observación General N.° 14 y el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño le exigen al Estado ecuatoriano, y hace que la protección de un niño, niña o adolescente dependa del juzgado que le tocó y no de sus derechos.

En consecuencia, se concluye que se requiere una reforma concreta al artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, la creación de protocolos técnicos obligatorios para todos los juzgados de familia y la implementación de un sistema de coordinación institucional entre jurisdicciones, obligaciones que el Estado ecuatoriano tiene el deber constitucional e internacional de cumplir conforme a la Convención de Belém do Pará y con los compromisos asumidos por Ecuador frente a la comunidad internacional.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a la Asamblea Nacional reformar el artículo 106 del CONA para establecer que cuando existe un proceso penal activo por violencia intrafamiliar, la custodia compartida no procede de forma automática, y que la ausencia de condena penal no impide al juez de familia adoptar medidas cautelares de protección cuando existen indicios técnicamente acreditados de riesgo real para el NNA, en cumplimiento del artículo 44 de la Constitución y de los compromisos convencionales del Ecuador.

Se recomienda al Consejo de la Judicatura y al Ministerio de Salud Pública elaborar conjuntamente, en un plazo no mayor a doce meses, protocolos unificados de evaluación del riesgo de aplicación obligatoria en todos los juzgados de familia del Distrito Metropolitano de Quito, que establezcan qué indicadores revisar, qué instrumentos psicológicos usar y cómo entrevistar al NNA conforme al artículo 60 del CONA, acompañados de formación especializada continua para los equipos técnicos, en cumplimiento de la Observación General N.° 14.

Se recomienda al Consejo de la Judicatura implementar en un plazo no mayor a seis meses un sistema de alertas que notifique al juzgado de familia cuando existan medidas de protección penales activas que afecten a NNA con procesos de custodia en trámite, y a la Asamblea Nacional incorporar en el COGEP la obligación legal de coordinación entre jurisdicciones y la convocatoria a audiencia conjunta cuando ambos procesos corran en paralelo.

Bibliografía

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/cogep.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014. https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Registro Oficial Suplemento 175, 5 de febrero de 2018. https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2018/05/ley-organica-para-prevenir-y-erradicar-la-violencia-contra-las-mujeres.pdf

Cillero Bruñol, Miguel. «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño». En *Justicia y derechos del niño*, núm. 1, 45–62. Santiago: UNICEF, 1999. https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N.° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14. Ginebra: Naciones Unidas, 2013. https://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment14.pdf

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.° 28-15-IN/21*. Caso N.° 28-15-IN, 24 de noviembre de 2021. Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo. https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/

Corte Constitucional del Ecuador. Voto salvado de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez. *Sentencia N.° 28-15-IN/21*. Caso N.° 28-15-IN, 24 de noviembre de 2021. https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/

Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25 de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1989.

https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará»*. Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994. https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf

Adolescencia». Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf

Comité de los Derechos del Niño. «Observación General N.° 14 (2013): El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial». CRC/C/GC/14. Ginebra: Naciones Unidas, 2013. https://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment14.pdf

Naciones Unidas. «Declaración Universal de Derechos Humanos». Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1948. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Organización de los Estados Americanos. «Principio 9 de la Declaración de los Derechos del Niño». Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1959. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-derechos-nino.pdf

Consejo de la Judicatura del Ecuador. «Reglamento para el Funcionamiento de los Equipos Técnicos de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia». Quito, 2015. https://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/reglamentos

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador. «Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género Hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres». Quito, 2007. https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Plan_erradicacion_violencia.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. «Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño». 28 de agosto de 2002. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

UNICEF Ecuador. «Anuario de Estadísticas Vitales: Nacimientos y Defunciones 2022». Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), Quito, 2022. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Nacimientos_Defunciones/2022/Boletin_nacimientos_defunciones_2022.pdf