InvestiGO
Revista Científica Multidisciplinaria
ISSN 2953-6367
http://revistainvestigo.com

Octubre 2026
Vol. 7 No. 21, PP. 180-196
https://doi.org/10.56519/s4d7nt75

CRITERIOS DE APLICACIÓN PARA LA NO VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN DISPUTAS DE TENENCIA: ANÁLISIS COMPARADO DE METODOLOGÍA JUDICIAL

APPLICATION CRITERIA FOR THE NON-VIOLATION OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN CUSTODY DISPUTES: A COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL METHODOLOGY

Santiago Daniel Freire Guevara[1], Vicente Joel Jaramillo Peñafiel[2]

{santiago.lexfreire@gmail.com[1], abg.jaramillojoel@gmail.com[2]}

Fecha de recepción: 01/09/2026 / Fecha de aceptación: 08/10/2026 / Fecha de publicación: 14/10/2026

RESUMEN: El interés superior del niño, es uno de los principios rectores en el campo del derecho de familia; no obstante, su indeterminación suele hacer que se recaiga en la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial en disputas de tenencia. Si bien en el Ecuador, con la eliminación de la preferencia materna, gracias a la sentencia No. 28-15-IN/21, se garantizó la igualdad entre los progenitores, esta misma decisión generó un vacío, al no existir un procedimiento objetivo para la ponderación. El objetivo del presente fue analizar por medio de la comparación la metodología judicial para otorgar la tenencia en Ecuador, Chile, España y Colombia, con la finalidad de crear un protocolo estandarizado para solventar la problemática. Basado en un enfoque cualitativo – descriptivo y analítico – dogmático; respaldado en el método jurídico comparado y la revisión sistemática de literatura, donde mediante el método PRISMA se evaluaron y diagnosticaron 176 documentos, de los cuales habiendo aprobado filtros de año, forma de calificación del trabajo y temáticas se utilizaron únicamente 24; que sirvieron para analizar reglas de corresponsabilidad, la valoración del peritaje por parte de juzgadores y los mecanismos de escucha activa del menor. Los resultados evidenciaron que la discrecionalidad judicial es inversamente proporcional a la existencia de baremos, lo que demuestra que a pesar que la sentencia eliminara el sesgo de género, se creó un vacío al no otorgar una forma de solucionar las controversias, sin caer en arbitrariedades o en sesgos cultuales. Finalmente se plantea una propuesta de Protocolo de ponderación del Interés Superior del Niño, matriz constante de una nota de 100 puntos, que aborda 4 criterios: vínculo afectivo, corresponsabilidad, estabilidad del entorno y autonomía progresiva; junto a un protocolo de escucha activa, no revictimizante y sin injerencia de las partes, que sirva para reforzar la motivación en sentencias de tenencia.

[1]Investigador independiente, Ecuador, https://orcid.org/0009-0002-8935-4675; +593961085780
[2]Investigador independiente, Ecuador, https://orcid.org/0009-0004-6846-2364; +593954398517

Palabras clave: Interés superior del niño, tenencia, corresponsabilidad parental, discrecionalidad, derecho comparado

ABSTRACT: The best interests of the child are one of the guiding principles in family law; however, its indeterminacy often leads to judicial discretion and arbitrariness in child custody disputes. Although in Ecuador, with the elimination of maternal preference through Judgment No. 28-15-IN/21, equality between parents was guaranteed, this same decision created a void due to the absence of an objective procedure for balancing these interests. The objective of this study was to analyze, through a comparative approach, the judicial methodology for awarding custody in Ecuador, Chile, Spain, and Colombia, in order to design a standardized protocol to address this issue. Based on a qualitative-descriptive and analytical-dogmatic approach, supported by the comparative legal method and a systematic literature review, 176 documents were evaluated and diagnosed using the PRISMA methodology. After applying filters for publication year, peer-review quality, and relevant thematic areas, 24 documents were selected and used to analyze co-parenting rules, judicial evaluation of expert evidence, and mechanisms for the active listening of the minor. The results showed that judicial discretion is inversely proportional to the existence of objective scoring scales (baremos), demonstrating that although the judgment eliminated gender bias, it created a gap by failing to provide a framework to resolve disputes without falling into arbitrary decisions or cultural biases. Finally, a proposed Balancing Protocol for the Best Interests of the Child is presented—a matrix based on a 100-point scale addressing four criteria: affective bond, co-parenting responsibility, environmental stability, and evolving capacity—alongside a non-revictimizing active listening protocol free from party interference, designed to strengthen judicial reasoning in child custody rulings.

Keywords: Best interests of the child, custody, parental co-responsibility, discretion, comparative law

INTRODUCCIÓN

La introducción y manejo del Interés superior del niño, se ha vuelto uno de los principales pilares sobre los que se cimenta el derecho de familia en la actualidad. Pero, su consagración constitucional e internacional, muchas veces contrasta con lo complejo que es su aplicación pragmática en las disputas de tenencia. De tal modo y como advierte Cillero Bruñol, la falta de determinación de este principio ha hecho que el mismo fluctué entre ser una garantía y llegar a ser una herramienta para el juzgador, lo que podría arriesgar la decisión judicial a factores subjetivos o morales respecto a la capacidad de los progenitores (1).

Centrándose en Ecuador, esta disputa adquirió un carácter sumamente urgente, en especial con el fallo dentro de la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, la cual declaró la inconstitucionalidad a la preferencia materna por sobre la paterna que antes dictaba en Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto sirvió como un hito jurisprudencial, ya que obligó a los juzgadores a evaluar la corresponsabilidad parental y la tenencia compartida bajo los criterios de

objetividad e igualdad. Sin embargo, y a pesar de dicho fallo, la jurisprudencia ecuatoriana demuestra que la eliminación del precepto de preferencia materna, no ha eliminado de forma automática la arbitrariedad procesal en la práctica (2) (3). Lo que demuestra una clara carencia de metodologías jurisdiccionales para priorizar el bienestar de las niñas, niños y adolescentes.

A un nivel hispanohablante, el problema central gira en torno a la forma de determinar el Interés superior del niño (ISN) sobre otros derechos fundamentales sin afectarlos. A este mismo nivel, doctrinarios como Aguilar Cavallo (4) y Ravetllat Mira (5), destacan que en el marco de la "Observación General No. 14 del Comité de los derechos del niño de la ONU" obliga a los países a que el ISN opere por tres frentes de forma simultánea:

- Como un derecho sustantivo del menor a ser evaluado con primacía.
- Como un principio jurídico interpretativo
- Y como una regla procedimental central, que obligue al juzgador a fundamentar su decisión de forma técnica (4) (5).

No obstante, la falta de protocolos de ponderación interseccionales, que aborden factores psicosociales, jurídicos e incluso afectivos; genera vacíos que frecuentemente derivan en la vulneración indirecta de derechos que inicialmente debía proteger el principio.

En este ámbito, el presente articulo abordará la siguiente pregunta central: ¿Cuáles son los principales criterios metodológicos aplicados por la judicatura en sistema iberoamericanos que sirven para garantizar la no vulneración del ISN en procesos de tenencia y en qué medida estos reducen el sesgo de discrecionalidad?

Descripción del problema

A pesar de haber sido ubicado como un principio rector, la consagración del Interés superior del niño, no ha resuelto la incertidumbre que rodea su aplicación en conflictos de tenencia o custodia. Tal como indica Barcia Lehmann, el ISN sufre una "Inflación Semántica", lo que hace que se guie por valoraciones puramente subjetivas en vez de ser guiado por reglas previsibles (6). Esta misma imprecisión conceptual, deriva en un margen de apreciación tan amplia, que expone las decisiones judiciales al sesgo moral de la autoridad, atentando contra la tutela judicial efectiva y abriendo la puerta a la arbitrariedad (7).

Tal como explica Benavides y Yánez, la abolición de la regla de preferencia materna, exigió a los juzgadores un cambio de pensamiento orientado a la corresponsabilidad parental y al cuidado compartido. A pesar de ello, las autoras advierten que la desarticulación del precepto no estuvo acompañada de una metodología judicial especializada, lo que deja a los jueces de familia en una especie de desamparo procedimental (8). Siguiendo esta misma línea conceptual, Yánez y Tapia, observan que, con la eliminación de la regla, muchos juzgadores aun mantenían sesgos tradicionales que podían desencadenar fallos contradictorios debido a la inexistencia de indicadores psicosociales y jurídicos uniformes que puedan medir el bienestar real de los menores (9).

Este vacío atenta directamente a las fases probatorias y de valoración del testimonio del menor, pues como enfoca Lathrop Gómez, el interés superior del niño exige que se conciba al menor como un sujeto de derecho, dotado de autonomía progresiva, lo que obliga al tribunal a implementar canales de escrutinio técnico y escucha activa, adaptadas a su desarrollo biológico (10). A pesar de esto, en la práctica la opinión del niño suele ser desestimada bajo el prejuicio de que su discurso puede ser prefabricado por el progenitor con el que convive (11). De igual manera, los peritajes psicológicos y sociales suelen ser tomados en el proceso como elementos aislados, en donde el juez no realiza un contraste critico entre el dictamen experto y las reglas de la sana critica, lo que hace que caiga en un automatismo donde el peritaje realizado sustituye al juicio del juzgador.

Por tanto, existe una clara necesidad de establecer criterios de ponderación previsibles, rigurosos y respetuosos del debido proceso, que sean capaces de guiar a la judicatura en la resolución de conflictos de tenencia sin que estos caigan en el subjetivismo o en formalismos vacíos.

Justificación

La presente investigación se justifica partiendo de 3 ejes fundamentales, que responden a la necesidad de otorgar objetividad y previsibilidad a las decisiones judiciales que involucran la tenencia de niños, niñas y adolescentes:

Abordando el ámbito jurídico – constitucional, el estudio responderá directamente a el escenario que se generó tras la sentencia No. 28-15-IN/21 (12). Debido a la derogativa de la preferencia materna, se impuso la corresponsabilidad parental y la igualdad entre los progenitores como regla general. No obstante, la inexistencia de un marco reglamentario que concrete como la ponderación de capacidades parentales desemboca en una peligrosa zona de discrecionalidad. Por tanto, el trabajo se fundamenta en la urgencia de la estructuración de pautas dogmáticas que armonicen la tutela judicial efectiva con la seguridad jurídica de las partes.

En la línea social y de derechos humanos, la investigación se sostiene en la necesidad de prevenir la vulneración de los derechos durante la infancia en casos de la ruptura de la convivencia familiar. Debido a la falta de un estándar técnico para otorgar la tenencia, hace que el conflicto entre los progenitores instrumentalice al menor, lo que lo somete a litigios prolongados y revictimizantes. Al garantizar una escucha activa, sin manipulación alguna por alguno de sus progenitores y una evaluación objetiva, resulta el pilar principal, para garantizar su estabilidad emocional y el derecho a mantener relaciones fluidas y equilibradas con sus dos progenitores.

En el plano practico y metodológico, el presente trabajo aportará un puente entre la teoría del derecho y la prueba interdisciplinaria. Como indican Yánez y Tapia, uno de los principales cuellos de botella en la judicatura de familia, es la falta de reglas claras para valorar los peritajes psicosociales (9). Por tanto, la presente investigación abordará criterios metodológicos en ordenamientos comparados, proporcionando a jueces, equipos técnicos y abogados un baremo aplicable a la sana critica. Con esto los administradores de justicia podrán fundamentar las resoluciones en evidencia objetiva y no en simples presunciones, lo que eleva el estándar de fundamentación exigido en el debido proceso.

Objetivo general

- Evaluar los criterios metodológicos de ponderación del interés superior del niño aplicados en el país e Hispanoamérica tras la eliminación de la preferencia materna, con la finalidad de estructurar pautas que garanticen la tutela judicial en disputas de tenencia.

Objetivos específicos

- Identificar las principales falencias en la praxis al determinar la custodia y tenencia de las niñas, niños y adolescentes.
- Sistematizar los cambios en el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental en la legislación tras el hito de la sentencia No. 28-15-IN/21 de la corte constitucional.
- Comparar el sistema actual para otorgar la tenencia en Ecuador, frente a otros países hispanohablantes
- Proponer un conjunto de pautas que sirvan como guía para los administradores de justicia para la fundamentación objetiva de las sentencias de tenencia.

MATERIALES Y MÉTODOS

Con la finalidad de cumplir los objetivos planteados, la presente investigación adopta una estructura metodológica basada en un análisis cualitativo y de derecho comparado

Enfoque y tipo de investigación

El presente trabajo engloba lo correspondiente a un enfoque cualitativo, el cual es el idóneo para la comprensión, interpretación y sistematización de constructos normativos, jurisprudenciales y dogmáticos. Debido a la naturaleza misma del objeto de estudio, la investigación obedece a una tipología cualitativa - descriptiva y analítica – dogmática.

Cualitativa-descriptiva: por medio de este tipo, se detallan las practicas procesales, sesgos y reglas de ponderación que aplican los operadores de justicia en la valoración del ISN.

Analítico - dogmática: permite evaluar la coherencia lógica de las decisiones judiciales, frente a aspectos de corresponsabilidad parental y tutela judicial efectiva.

Diseño de la investigación

Se aplica un diseño no experimental de corte transversal, basado en el método jurídico comparado (de enfoque micro comparativo). El trabajo contrasta la metodología de ponderación judicial en el país, tomando en cuenta los cambios post sentencia No. 28-15-IN/21 de la corte constitucional, frente a estándares y protocolos aplicados en países hispanohablantes referenciales, como Chile, España y Colombia.

Estos países fueron seleccionados debido a criterios de pertenencia dogmática, afinidad de la familia jurídica y grado de desarrollo procesal en temas de derecho de familia:

Chile: es seleccionado debido al avance proveniente de la Ley 20.680 o "Ley Amor de Papá", la que positivó en el articulo 225 numeral 2 del Código Civil un catálogo detallado y taxonómico de criterios para la asignación del cuidado personal

España: representa un modelo consolidado, debido a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo desde 2013, donde se elige a la custodia compartida como regla preferente, diseñando al mismo tiempo pautas, para valorar la prueba psicosocial y la escucha del menor dentro del proceso.

Colombia: es escogido debido a la cercanía dogmática con el sistema ecuatoriano y por el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana (tal como la sentencia T-255/24 y T-292/04). Además de haber establecido un test de razonabilidad y juicio de proporcionalidad, lo que le otorga la capacidad al juzgador de analizar la aplicación de las subreglas, sin necesidad de reformar a la ley.

Categorías e indicadores de investigación

Con la finalidad de operacionalizar el análisis, revisión y comparación, se tomarán en cuenta cuatro categorías:

Preferencia y corresponsabilidad: se evalúan reglas de preferencia legal o jurisprudencial, presencia de sesgos automáticos de género, corresponsabilidad parental, mecanismos de asignación de tenencia en casos de desacuerdo.

Valoración del peritaje: estándares técnicos de equipos multidisciplinarios, aplicación de las reglas de la sana critica, grado de autonomía del juzgador.

Escucha activa del menor: protocolos de escucha e interacción del menor, valoración de la edad y madurez, detección de inmersión en el pensamiento del menor.

Discrecionalidad judicial: existencia de baremos, nivel de motivación del Interés superior del niño, previsibilidad del fallo ante hechos análogos.

Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para la obtención de información, se utilizarán técnicas de investigación documental y cualitativa:

Análisis documental y jurisprudencial: dicha técnica se orienta a sentencias emitidas por juzgados de familia, cortes provinciales y la Corte Constitucional, además de resoluciones de tribunales internacionales e iberoamericanos.

Revisión sistemática de literatura: desarrollada bajo lineamientos metodológicos de la declaración PRISMA, con la que se rastrearan publicaciones científicas indexadas en bases de datos como Scopus, SciElo y Redalyc, en un rango de años de 2021 a 2026. Esta búsqueda estará delimitada a autores ecuatorianos e hispanohablantes que sean especialistas en derecho de infancia y procesal familiar.

En cuanto a criterios de inclusión se aplicaron los siguientes: artículos publicados en revistas arbitradas por pares, publicaciones en idioma español sobre la jurisdicción de Ecuador, Chile, España y Colombia, estudios centrados en metodología judicial de ponderación del Interés superior del niño, periodo de publicación entre 2021-2026.

En cuanto a criterios de exclusión fueron los siguientes: libros de texto generalista, documentos centrados solo en adopción, alimentos que no aborden la tenencia, trabajos duplicados entre bases de datos o incompletos.

Diagrama de Flujo PRISMA

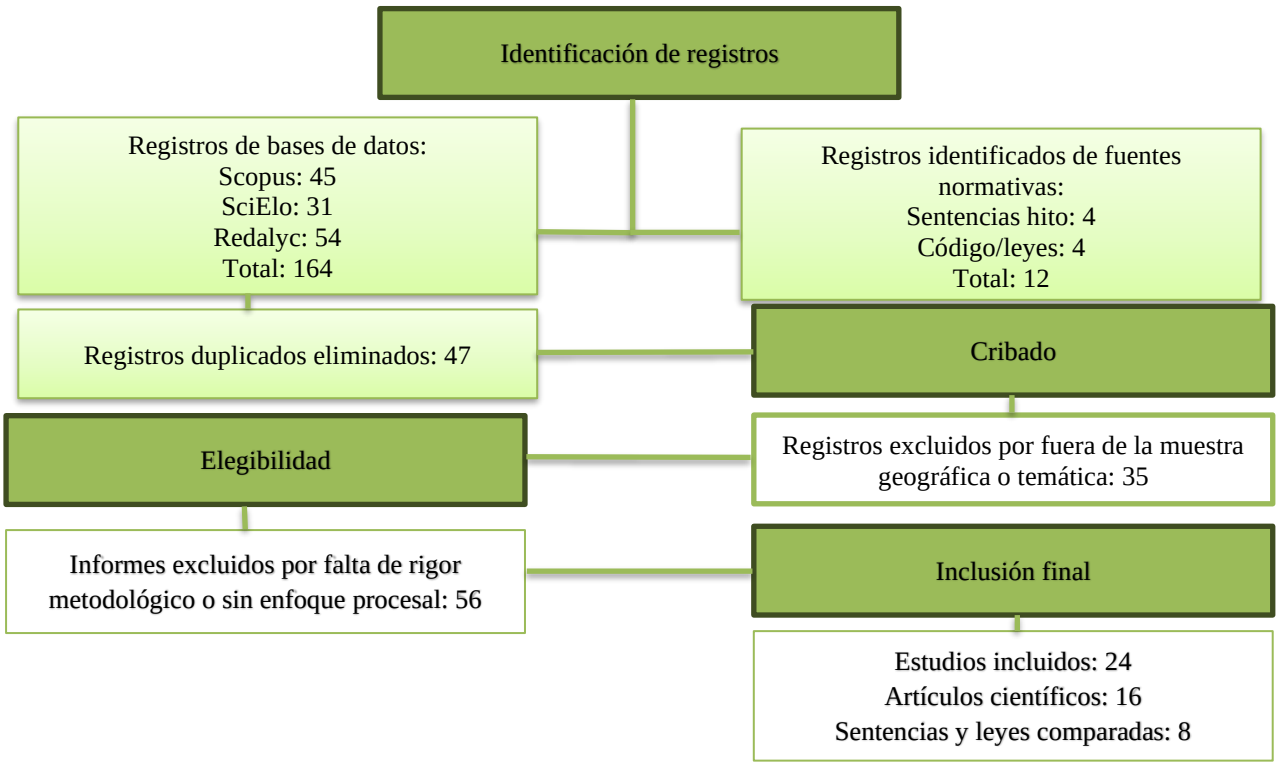


Figura 1. Diagrama PRISMA

Procedimiento para el análisis de los datos

La información que es recolectada se procesa mediante el método de análisis de contenido cualitativo y la triangulación hermeneútica. Para la fase empírico documental, el estudio delimita y analiza el corpus jurisprudencial y normativo de 8 instrumentos clave, seleccionados e incluidos bajo el método PRISMA.

El análisis se basa en los 8 instrumentos clave hito, que fueron seleccionados bajo un muestreo cualitativo – dogmático, debido a su importancia, impacto normativo y densidad argumentativa en el marco de la tenencia, la custodia y el interés superior del niño.

- Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador: escogida debido a la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna estipulada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, lo que marca un hito en el país (12).
- Ley No. 20.680 de 2013 de Chile (Ley de Amor de Papá) (14): marco un hito al definir un catálogo taxonómico de criterios orientadores, para la asignación del cuidado personal incluido en el artículo 225-2 del Código Civil chileno.
- Sentencia 257/2013 de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de España: fija la doctrina jurisprudencial para la custodia compartida, imponiendo la custodia de régimen preferente, además de establecer pautas para la valoración de la prueba psicosocial.
- Sentencia T-292/04 y Sentencia T-255/24 de la Corte Constitucional de Colombia: se estructura el test de razonabilidad, el juicio de proporcionalidad y el estándar garantista para la escucha de los menores y la asignación de custodia sin sesgo de género (13) (16).
- Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño: define al interés superior del niño como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.
- Código Civil Español (Art. 92): establece el marco legal sobre el régimen de custodia compartida y ejercicio de la patria potestad (15).
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de Ecuador: establece el marco normativo sustantivo sujeto al estado post sentencia No. 28-15-IN/21 (19).

Triangulación Hermeneútica

Esta herramienta actúa como medio cualitativo de validación, contraste e interpretación, ya que permite analizar, enfrentar y sintetizar divergencias, convergencias y vacíos entre los vértices de análisis jurídico:

1. El primer vértice (deber ser) compuesto por la Observación General de la ONU No.14, el CONA y el Código Civil español, que fijan el estándar garantista del interés superior del niño como norma y derecho sustantivo.
2. El segundo vértice (problema de discrecionalidad) abarca la Sentencia No. 28-15-IN/24 de la Corte Constitucional del Ecuador, cuyo fallo elimina la preferencia materna pero no establece un baremo que guie el proceso.
3. El tercer vértice (solución metodológica) abarca la Ley 20.680 de Chile, las sentencias 257/2013 del Tribunal Supremo español y T-299/04, T255/24 de Colombia, que establecen herramientas para reducir la discrecionalidad emitida del vértice anterior.

RESULTADOS

Tabla 1. Cuadro comparativo de criterios judiciales de ponderación del Interés superior del niño.

Criterio de análisis	Ecuador (post sentencia 28-15-IN/21) (12)	Colombia (corte constitucional/ley 1098) (13)	Chile (Ley 20.680 "Amor de Papá" /Código Civil) (14)	España (Tribunal supremo/Código Civil Art. 92) (15)
Preferencia y corresponsabilidad	Declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna en tenencia. Cambio obligatorio hacia una tenencia compartida y basada en la corresponsabilidad, sin baremos tácitos en la norma.	Prevalece el cuidado compartido, gracias a la vía jurisprudencial con la sentencia T-255/24 (16). Con ésta se prohíbe el uso de sesgos automáticos de género, en favor de cualquiera de sus padres.	Igualdad legal explicita (Ley 20.680) Se otorgan criterios específicos en el artículo 225-2 del Código Civil, orientados a la asignación del cuidado personal (17).	De su código civil se desprende desde 2013, que la custodia compartida es preferencial la regla general, claro que analizando cada caso.
Valoración del Peritaje interdisciplinario	Es considerado, a vista de doctrinarios, como simple formalismo o competencia única del juzgador. El juez se mantiene como conocer, pero no analiza a profundidad el informe técnico.	Con la sentencia T-292/04 (18) y T-255/24 (16), se exige la evaluación del entorno afectivo y la red de apoyo al menor. Mediante este control se trata de evitar automatismos.	Los informes psicosociales se realizan bajo estándares de los tribunales de familia. Se valoran bajo el principio de la sana critica.	Exigencia permanente a los juzgados de familia a solicitar a los equipos técnicos adjuntos los dictámenes. El juzgador deberá comparar la pericia frente a la capacidad de cooperación de los padres.
Protocolo de escucha activa del menor	Se aplica de forma heterogénea, partiendo del principio de autonomía progresiva. No obstante, éste genera alto riesgo de revictimización o desestimación por el riesgo de manipulación por alguno de sus padres.	Toma en consideración la voluntad del menor, partiendo del grado de madurez. Se crean espacios protegidos con acompañamiento técnico, a fin de que se encuentre en un ambiente libre.	De forma obligatoria, se considera la opinión del menor, partiendo de su edad y madurez (Código Civil Art. 225-2 y Ley de Tribunales de familia) (17).	De forma obligatoria se escucha al menor de 12 años en adelante o antes si tiene juicio suficiente. El procedimiento de exploración se realiza en un entorno privado.
Reducción de discrecionalidad judicial	Se mantiene un nivel alto de discrecionalidad residual, debido a la falta de un protocolo pre y post sentencia.	Tienen un nivel medio bajo de discrecionalidad, debido a que se rigen con subreglas consolidadas por la corte constitucional	Bajo nivel de discrecionalidad, ya que se guían por un catálogo normativo que el juez debe considerar para dictar sentencia.	Bajo nivel de discrecionalidad, se guían por el estándar fijado por el tribunal supremo que analiza, vínculos afectivos, aptitud,

		(Sentencia T-292/04) (18).		cumplimiento de deberes y localización de domicilios.
Estándar de fundamentación de la sentencia	Los juzgadores mantienen el formalismo, sujeto al uso indiscriminado de" interés superior" para finalizar los procesos.	Enfrentan análisis de riesgo real frente a hipotéticos, analizando cada caso de forma independiente, sin generalizar.	Deberá explicarse como la medida adoptada se centra en el bienestar del menor.	De forma obligatoria debe explicarse la razón de la custodia compartida o individual y si ésta beneficia o perjudica al menor.

El análisis cualitativo y dogmático basado en la comparación, revela que el proceso de transición hacia un modelo basado en la corresponsabilidad parental y la eliminación de sesgos de genero ha avanzado de forma distinta en Iberoamérica. Aunque en los cuatros ordenamientos de la muestra obedecen y comparten la aplicación del Interés superior del Niño, aún existen grandes diferencias metodológicas, principalmente en la forma en la que las judicaturas operan para reducir la discrecionalidad y tratan de evitar la vulneración de derechos en la infancia.

Si bien la sentencia No. 28-15-IN/21, marca un gran hito respecto a la preferencia materna, eliminándola, lo que generó un espacio de mayor igualdad; la falta de una guía o un baremo que garanticen la ponderación. Esto hace que la justicia de instancia refleje un índice de discrecionalidad más elevado que de sus pares regionales.

En contraparte, el ordenamiento chileno, muestra un nivel elevado de previsibilidad, derivado a partir de la reforma introducida en la Ley 20.680. El Código Civil de Chile, incorpora en su artículo 225 numeral 2, un listado expreso de los criterios que el juzgador deberá considerar para la asignación del cuidado personal. Entre estos factores se abordan temas de vínculo afectivo, capacidad de los padres para garantizar el bienestar del hijo, la contribución a la manutención y la decisión de cooperar para asegurar la relación y presencia de ambos padres en la vida y el desarrollo del menor.

Por su lado, en España y Colombia, muestran de forma efectiva la consolidación de las subreglas procesales, con la finalidad de estandarizarlo. En España, con la doctrina fijada por el Tribunal Supremo desde 2013, toma a la custodia compartida como la regla general, lo que sirve para garantizar el derecho del menor a relacionarse en igual medida con ambos progenitores. De igual modo, la jurisprudencia española sistematizo criterios que ayuden a materializar y fomentar la relación, como el análisis a los deseos de los menores, la relación previa con sus hijos, análisis de las aptitudes de los padres y la ubicación de los domicilios.

En su parte, Colombia, mediante fallos como la Sentencia T-255/24 y la sentencia T-292/04, que marcaron hitos a nivel regional, establecen la erradicación de los sesgos de género, además de exigir a toda autoridad la solicitud de un test de razonabilidad fáctica, que pueda contraponer los riesgos reales, frente a especulaciones o prejuicios abstractos.

Interpretación

Asimetría normativa frente al vacío procesal.

Luego de la búsqueda y análisis de la información, se demuestra que Ecuador, Colombia, Chile y España, han eliminado la regla general de la preferencia materna por sobre el padre. Sin embargo, Chile y España dieron un paso más allá incluyendo mediante doctrina jurisprudencial obligatoria (Código Civil y Tribunal Supremo respectivamente) criterios objetivos; mientras que el país encuentra un vacío procesal dejado por la sentencia de inconstitucionalidad, ya que no vio su reflejo en una guía o un baremo para los juzgadores de primera instancia, que al final son quienes están más de frente a estos asuntos.

Diferencia en discrecionalidad

La matriz informativa evidencia que la discrecionalidad judicial es inversamente proporcional a la aplicación y existencia de protocolos analíticos de prueba. Esto demuestra que el país presenta el índice de discrecionalidad más elevado de la muestra tomada, debido a la inexistencia de un catálogo de ponderación dentro del *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (19).

Punto de inflexión iberoamericano

Si bien algo que mantienen todos los países de la muestra en común, es en la aplicación directa del interés superior del niño, obedeciendo la *Observación general No. 14 del Comité de derechos del niño* (20); pero ésta debe abandonar cualquier presunción moral que afecte directamente al menor. En su lugar, debería estructurarse un sistema de triple base:

- La primera orientada a mantener o fomentar la cooperación de los progenitores.
- La segunda mediante la valoración objetiva del informe pericial, obedeciendo a la sana critica.
- Y la tercera, volviendo a la escucha del menor, siempre y cuando no sea manipulado, como la regla, partiendo de su madurez y desarrollo.

DISCUSIÓN

Los hallazgos obtenidos del presente estudio, confirman que los litigios que abordan la aplicación del Interés superior del niño en casos de tenencia, aun presentan conflictos dogmáticos, vacíos procesales y un nivel elevado de discrecionalidad. Al contrastar los resultados, es posible determinar la medida en que las practicas judiciales vigentes en los países, pueden reducir o agravar el riesgo a vulnerar los derechos de la infancia.

Los resultados iniciales, confirman la teoría de Barcia Lehman (6), sobre la indeterminación del Interés superior del niño, ya que el autor sostiene que, sin parámetros claramente delimitados, el principio puede recaer en una formula vacía, únicamente sujeta a valoraciones subjetivas por parte del juzgador; cosa que se evidencia en el escenario actual, post sentencia No. 28-15-IN/21. Aunque la decisión de la corte sirvió para eliminar ese sesgo de genero sobre la preferencia, la

ausencia de una reforma dentro del CONA, que aborde un protocolo generalizado como el de España o Chile, deja en al país en lo que Benavides y Yánez consideran como "Desamparo Procedimental". Igual que lo que indica Borda, en su análisis sobre la discrecionalidad, donde considera que la opinión del juzgador está sujeta a preconcepciones morales sobre el rol de cada progenitor, lo que vulneraria el principio de seguridad jurídica.

No obstante, esta necesidad de estandarización contrapone las ideas de Aguilar Cavallo (4), quien advierte que la rigidez de estos criterios de ponderación podría desencadenar la violación a la equidad, que limita el actuar del juzgador para adaptar la decisión a cada caso, estudiándolo de forma independiente. Esto igual es replicado por Farfán y García (2), quienes considerar que la flexibilidad indeterminada, no se traduce en soluciones equitativas, sino que solo ocultan pervivencia de perjuicios atávicos; lo que se traduce en que la guía objetiva no protege la evaluación individual de cada caso, sino que

El análisis comparado indica que la discrecionalidad disminuye, cuando sumado a la eliminación de sesgos de género, se crea un catálogo normativo que aborde el tema a profundidad, con reglas jurisprudenciales claras y completas; tal como se ha hecho en Chile y España. No obstante, el país, se encuentra sumido en un hoyo procedimental, donde se confirma la advertencia de Yánez y Tapia (9), sobre la urgente necesidad de la creación de un protocolo analítico dentro de la jurisdicción nacional, principalmente orientado a juzgadores de instancia, que son quienes día a día conocen estos casos.

En lo que respecta a la calidad y evaluación probatoria, se confirma el diagnostico de Palacios (11), sobre el automatismo pericial; pues los juzgadores toman el camino de la indiferencia hacia los informes periciales o a la delegación acrítica de la función jurisdiccional en equipos técnicos, lo que contraviene directamente los estándares fijados en la Observación General No. 14 (20) del Comité de los Derechos del Niño. Los peritajes psicosociales deben ser analizados bajo las reglas de la sana critica, filtrados y siendo utilizados únicamente como un insumo, mas no como una verdad absoluta; además de que deberá ser contrastado con la aptitud real y la conducta de cada uno de los padres.

Aunque la doctrina internacional considera al niño como un sujeto pleno de derecho, en la práctica se confirman las críticas de Murillo y Cillero (3), pues la escucha del menor se mantiene como un eslabón débil. Esto podría deberse principalmente a la falta de entornos sin interferencia, donde el menor pueda expresar su opinión sin sujetarse a la injerencia o manipulación de cualquiera de sus padres. Como revela Revetllat, la escucha requiere un espacio donde el menor pueda discernir su voluntad, lo que transforma a una simple diligencia en una garantía vinculante para la emisión de la decisión judicial.

En síntesis, la reducción de la arbitrariedad y la efectiva tutela en procesos de tenencia no depende solo de la emisión de principios abstractos, sino de la implementación y materialización de una metodología de ponderación estructurada, interdisciplinaria y respetuosa del debido proceso.

Propuesta de protocolo de ponderación judicial para la asignación de la tenencia en la República del Ecuador.

Tabla 2. Propuesta de protocolo

Dimensiones para el análisis	Criterios de ponderación	Indicadores de verificación	Puntaje máximo	Justificación
A: Vínculo Afectivo y aptitud de cuidado	A.1: Participación histórica en la crianza.	Participación diaria en temas de salud, educación y recreación pre conflicto.	10 puntos	Pondera el rol y la conservación de la rutina del menor, evitando alterar la estabilidad y minimizando el impacto de una posible separación.
	A.2: Disponibilidad temporal afectiva.	Compatibilidad entre la jornada laboral del padre/madre y los horarios del menor.	10 puntos	Mide la capacidad real de cuidado presencial y directo. Se asigna la puntuación máxima a quien garantice su presencia y el tiempo de calidad, reduciendo la delegación a terceros.
	A.3: Capacidad de contención emocional.	Habilidades de autorregulación y empatía	10 puntos	Valora la salud mental y madurez del progenitor. Garantiza un entorno libre de violencia, desbordes conductuales o cualquier agente que afecte el bienestar del niño.
B: Corresponsabilidad y salud relacional.	B.1: Derecho a la coo - parentabilidad.	Predisposición para relacionarse y actuar junto con el otro progenitor	12 puntos	Recompensa la actitud de promover y mantener una relación de respeto y contacto con el otro progenitor.
	B.2: Inexistencia de conductas limitante o interferencia parental	Ausencia de denuncias falsas, desacatos o manipulación sobre el menor	10 puntos	Penaliza la instrumentalización del menor en el conflicto, además de salvaguardar su seguridad jurídica.
	B.3: Cumplimiento con las cargas económicas	Pago al día de las obligaciones de alimentos, sin necesidad de acudir a apremios.	8 puntos	Evalúa la responsabilidad material y el compromiso con la supervivencia y correcto desarrollo del menor.

C: Estabilidad del entorno para el desarrollo del menor	C.1: Mantenimiento y apoyo del menor	Conservación del centro de vida del menor (escuela, familia, amigos)	10 puntos	Aplica la doctrina de no interrupción al centro de vida, ya que se orienta a preservar la red de apoyo social, frente a cambios repentinos.
	C.2: Condiciones de vivienda y seguridad	Vivienda optima, sin presencia de violencia o riesgos	10 puntos	Evita condiciones de vida insalubres, evaluando las condiciones físicas y ambientales de la residencia.
D: Manifestación de voluntad y autonomía progresiva	D.1: Veracidad de la opinión del menor	Expresión libre de sometimientos o vicios externos en la sala destinada a su escucha	10 puntos	Operativiza el articulo 12 de la CDN, ya que garantiza que el testimonio sea genuino, recopilado en un ambiente neutral, libre e idóneo sin interferencia de alguno de los progenitores.
	D.2: Razonabilidad de lo expuesto	Argumentos que reflejen su madurez respecto a su vida diaria	10 puntos	Evalúa la fuerza del relato, basado en el desarrollo psíquico y discernimiento del niño, evitando la dulcificación de la decisión.

Reglas de interpretación para la asignación de la custodia

Habiendo realizado el presente protocolo, el juzgador deberá considerar las siguientes reglas para garantizar y priorizar el interés superior del niño:

- Equilibrio entre ambos progenitores: si existe una diferencia menor o igual a 10 puntos, el juzgador deberá decretar la tenencia compartida de forma prioritaria, de esta forma garantizando la corresponsabilidad parental, tal como lo enmarca la norma constitucional.
- Disparidad de puntaje: si la diferencia es mayor a 10 puntos, deberá otorgarse una tenencia monoparental o exclusiva al que tenga el mayor puntaje; no obstante. Se tomará un régimen de visitas amplio y regular para el otro progenitor.
- Veto por violencia: al existir sentencias o medidas de protección por temas de violencia intrafamiliar o delitos contra la integridad sexual, se otorgará un puntaje de 0 automáticamente y se le otorgará un régimen de visitas supervisadas, si esto no se contrapone al interés del menor.

Protocolo de escucha activa en la sala protegida

Para la aplicación del criterio D, el procedimiento deberá ser guiado por las siguientes aptitudes:

1. Fase de preparación

Debido a la inexistencia de espacios aun destinados para el propósito, se deberá llevar a cabo de una cámara de Gesell, en presencia del juzgador y un profesional de la psicología del Equipo técnico multidisciplinario. Está prohibida la presencia virtual o física de progenitores o abogados patrocinadores.

2. Fase de reporte

El juzgador o el miembro del equipo técnico, será el encargado de explicar al menor, en un lenguaje adaptado a su edad y madurez, la razón de la reunión. Deberá explicar que no está eligiendo a sus padres o juzgándolos, sino que está en un espacio para expresarse libremente.

3. Fase de indagación

Se explorarán las rutinas, vínculos y necesidades por medio de preguntas abiertas; sin recaer en interrogatorios sobre uno de sus padres por sobre el otro.

4. Fase de sistematización

El profesional del equipo técnico emitirá un informe donde se anotará la voluntad del menor tomando en consideración si esta denota espontaneidad o existe manipulación por parte de alguno de los padres.

Refuerzo de la fundamentación judicial

De forma obligatoria, el juzgador deberá incluir en la sentencia un apartado destinado al protocolo de ponderación donde deberá motivar de forma explícita:

- El puntaje asignado a cada progenitor en los cuatro criterios, respaldado por las pericias y las pruebas del juicio.
- La valoración del informe emitido por el técnico responsable bajo la sana critica.
- El análisis ponderado de escuchar al menor y la manera en que su opinión influye en la decisión final.

CONCLUSIONES

El presente trabajo, permitió analizar las metodologías aplicadas para la ponderación del interés superior del niño en asuntos de tenencia, demostrando que ser considerado únicamente como un principio formal es insuficiente para garantizar la no vulneración a los derechos de la infancia, cuando no existen reglas tacitas y adecuadas.

Si bien la sentencia No. 28-15-IN/21 marca un hito histórico al eliminar los sesgos de género, lo que hacía que se prefiera a la madre; el estudio evidencia que en la practica el juzgador se somete a sus sesgos implícitos y a valoraciones morales subjetivas, que no analizaban o garantizan a cabalidad la protección de los derechos y el interés superior del niño.

Al analizar la praxis, dos problemas son los que resaltan, el automatismo pericial, gracias al cual el juzgador delega la decisión a lo que indique el informe de los equipos técnicos; y a la deficiente garantía de autonomía progresiva, donde la escucha del menor es una diligencia formal, donde el testimonio es desestimado por interferencia de los progenitores.

Al comparar el modelo ecuatoriano, frente a otros sistemas de países hispanohablantes (Chile, España y Colombia), se demuestra que la existencia de protocolos para el otorgamiento de la tenencia, es inversamente proporcional a la discrecionalidad judicial. Ya que, crear e incluir este tipo de reglas hace que se logre mayor seguridad, equidad y un mayor índice de previsibilidad al resolver disputas de tenencia.

Es por esto, que el presente trabajo incluye una propuesta de protocolo diseñado para solventar el vacío existente; donde se analizan criterios de vínculos afectivos y cuidado, corresponsabilidad, estabilidad del entorno y voluntad del menor. Herramienta que puede proporcionar a los juzgadores indicadores confiables para la asignación de la tenencia a cualquiera de los progenitores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Cillero Bruñol, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño (No. 9).
2. Farfan, M., & Garcia, J. (2022). Criterios de asignación de la tenencia y corresponsabilidad parental en el Ecuador tras la Sentencia 28-15-IN/21. Revista de ciencias jurídicas Iuris, 45-62.
3. Murillo, K., Banchón, J., & Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. Revista Universidad y Sociedad, 385-392.
4. Aguilar, G. (2018). El interés superior del niño y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia internacional y nacional. Revista de derecho (Valdivia), 125-147.
5. Ravetllat Mira, I. (2020). El interés superior del menor como norma de procedimiento: un análisis desde la perspectiva judicial iberoamericana. Revista Ius et Praxis, 89-114.
6. Barcia, R. (2021). El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado y sus problemas de aplicación práctica en el derecho de familia. Revista Doctrina y Jurisprudencia Cuyo, 112-138.
7. Borda, G. (2019). Discrecionalidad judicial y pautas de ponderación en las disputas de custodia en América Latina. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 201-224.
8. Benavides, M., & Yánez, S. (2023). Corresponsabilidad parental y ruptura de sesgos de género tras la inconstitucionalidad de la preferencia materna en Ecuador. Revista de derecho familiar y de la niñez, 78-95.

9. Yánez, K., & Tapia, L. (2022). Análisis crítico de los criterios judiciales en la asignación de la tenencia tras la Sentencia 28-15-IN/21 en el Ecuador. Revista de derecho, 105-126.
10. Lathrop, F. (2020). La autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de custodia: un análisis sustantivo y adjetivo. Revista chilena de derecho de familia, 45-69.
11. Palacios, C. (2021). La valoración de la prueba pericial psicosocial en los litigios de tenencia: entre la delegación de la jurisdicción y la sana crítica. Revista de derecho procesal forense, 150-173.
12. Corte Constitucional de Ecuador. (2021). Sentencia No. 28-15-IN/21. Registro Oficial.
13. Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006: Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: Diario Oficial No. 46.446.
14. Congreso Nacional de Chile. (2013). Ley N° 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. Santiago de Chile: Diario Oficial de la Reppública de Chile.
15. Congreso Nacional de diputados de España. (2013). Código Civil Español - Artículo 92.
16. Corte constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-255/24. Registro Oficial.
17. Congreso Nacional de Chile. (1855). Código Civil de la República de Chile. Santiago de Chile: Ley Chile.
18. Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia T-292/04. Registro Oficial.
19. Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Quito: Registro Oficial No. 737.
20. Comité de los derechos del niño - ONU. (2013). Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas.