



**Universidad del Azuay**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas**  
Carrera de Derecho

**PATRIA POTESTAD Y TENENCIA:  
ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA DE  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA  
PREFERENCIA MATERNA**

**Autora:**

**Jennifer Segarra Ortega**

**Director:**

**Jorge Morales Álvarez**

**Cuenca – Ecuador**

**2024**

## **DEDICATORIA**

La elaboración de este trabajo de investigación lo dedico a Dios, por darme la salud, fuerza y constancia para cumplir esta meta.

A mis padres por haber hecho posible todo lo que he conseguido y por siempre impulsarme a ser mejor persona y profesional cada día.

A mi tía, quién siempre ha confiado en mis habilidades y destrezas, brindándome incondicionalmente sus palabras de aliento.

Y a mi compañero de casi toda la vida, mi pequeño Tomy.

Este logro también es de ustedes.

## **AGRADECIMIENTO**

Me gustaría agradecer a la Universidad del Azuay por abrirme sus puertas y ayudarme a culminar mis estudios.

A mis docentes, quienes desde el primer día de clases supieron impartirme sus conocimientos y encaminarme a la excelencia profesional.

Y, por último, a mi director de tesis, el Dr. Jorge Morales, por su constancia y dedicación diaria en la elaboración del presente trabajo, así como por su excelencia no solo como profesional sino, además, como ser humano.

## **RESUMEN:**

La preferencia materna, o el cuidado de los hijos que se le encarga de forma preferente a las madres, ha sido una norma comúnmente aceptada en la legislación ecuatoriana. Esta preferencia tiene su principal supuesto en que los hijos menores estarán mejor bajo el cuidado de su madre. No obstante, en los últimos años, se ha discutido si este supuesto vulnera derechos como el de la igualdad y la no discriminación. Llevando a que se declare la inconstitucionalidad de la misma. Con este cambio, es necesario conocer los fundamentos que llevaron a la citada eliminación de la preferencia materna, así como sus posibles implicaciones respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como de las madres.

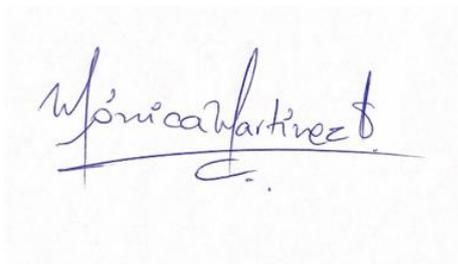
**Palabras clave:** familia, interés superior, preferencia materna, patria potestad, tenencia.

## **ABSTRACT:**

Maternal preference, or the care of children that is preferentially entrusted to mothers, has been a commonly accepted norm in Ecuadorian legislation. This preference has the main assumption that younger children will be better off under the care of their mother. However, in recent years, it has been discussed whether this assumption violates rights such as equality and non-discrimination. Leading to it being declared unconstitutional. With this change, it is necessary to know the foundations that led to the aforementioned elimination of maternal preference, as well as its possible implications regarding the rights of children and adolescents, as well as mothers.

**Keywords:** family, best interest, maternal preference, parental authority, tenure.

Approved by:

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath. The signature is written in a cursive style.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.  
Cod. 29598

## ÍNDICE

CAPITULO 1 .....	2
<b>1. RESPONSABILIDADES PARENTALES: PATRIA POTESTAD Y TENENCIA .....</b>	<b>2</b>
1.1 Patria Potestad .....	2
1.2 Tenencia .....	3
1.3 La preferencia materna en la patria potestad y tenencia .....	4
1.3.1 Preferencia materna en el derecho comparado .....	5
1.3.2 Antecedentes legales .....	7
1.3.3 Crítica a la preferencia materna .....	8
1.4 Derechos Constitucionales Involucrados .....	9
1.4.1 Derecho a la igualdad .....	10
1.4.2 Derecho a la no discriminación .....	12
1.4.3 Derecho a la corresponsabilidad parental .....	12
1.5 Custodia Compartida .....	14
CAPÍTULO 2 .....	17
<b>2. CRITERIOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA PREFERENCIA MATERNA .....</b>	<b>17</b>
2.1 Antecedentes del caso .....	17
2.2 Argumentos a favor de la inconstitucionalidad .....	18
2.2.1 Igualdad de género .....	18
2.2.2 Interés superior del niño .....	20
2.2.3 Preservación de vínculos familiares .....	25
2.3 Argumentos en contra de la inconstitucionalidad .....	26
2.3.1 Contexto histórico y social .....	27
2.3.2 Violencia de género .....	28
2.3.3 Protección contra el litigio entre padres .....	30
2.3.4 Crítica a la sentencia No. 28-15-IN .....	30
CAPÍTULO 3 .....	33
<b>3. IMPLICACIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS .....</b>	<b>33</b>
3.1 Desafíos y obstáculos de la eliminación de la preferencia materna .....	33
3.1.1 Impacto en la sociedad y en la familia .....	34
3.1.2 Mayor conflicto y litigio prolongado .....	37
3.1.3 Impacto en el interés superior del niño .....	39
CONCLUSIONES .....	40
REFERENCIAS .....	43

## **Introducción**

La preferencia materna en cuanto a la tenencia y la patria potestad en nuestra legislación tiene su principal fundamento en cuestiones sociales y biológicas, pues históricamente se consideraba que los hijos menores de edad debían estar con su madre en caso de que los progenitores no vivan dentro de un mismo hogar. Haber eliminado esta preferencia, como lo resolvió la Corte Constitucional, implica una vulneración para el derecho de los hijos, así como el de las madres, quienes tradicionalmente se han encargado del cuidado de los hijos.

Por ello, es imperativo conocer los fundamentos que llevaron a los jueces constitucionales a eliminar la preferencia materna; también es necesario analizar si la resolución constitucional ha sido adoptada considerando la realidad en la que viven las mujeres como madres de familia, a la luz del principio del interés superior del niño.

En el presente trabajo se efectúa el estudio de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna, así como los fundamentos en que se basó la misma, dentro del marco de las diferentes doctrinas y teorías aportadas por diversos autores sobre el tema.

# CAPITULO 1

## 1. RESPONSABILIDADES PARENTALES: PATRIA POTESTAD Y TENENCIA

### 1.1 Patria Potestad

Etimológicamente, el término de patria potestad, proviene del latín que significa “autoridad paterna”. Es una institución jurídica del derecho civil que tiene origen en el derecho romano primitivo en el cual era concebida como el conjunto de derechos ilimitados que tenía el padre respecto a sus hijos, ejerciendo el padre, en la mayoría de veces, un poder absoluto que recaía en sus hijos y en los bienes de estos, pues, se consideraba que el padre era quién debía tener el control sobre todos los miembros descendientes de la familia.

Actualmente, la conceptualización de patria potestad ha evolucionado, superando la creencia de que el objeto de esta institución es dar una serie de facultades excesivas a los padres; se trata más bien de un conjunto de deberes y derechos que la ley otorga a los padres con el objeto de dar protección a los hijos que, por su temprana edad, necesitan la representación legal de sus padres, para que estos últimos aseguren su alimentación, educación, vida digna, asistencia, amparo y velando siempre por su desarrollo pleno como personas (Rossi, 2012).

También, hay que tener en cuenta que, la patria potestad comprende dos ámbitos, el personal, que comprende el cuidado y crianza de los hijos y, el patrimonial, que hace alusión a la protección y representación respecto de los bienes de los menores.

Así mismo, Castro define la patria potestad como “el conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los progenitores sobre sus hijos menores no emancipados o incapacitados y sobre los bienes de éstos, determinada por su filiación, pero con independencia de esta” (2019).

En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la patria potestad es definida como el conjunto de derechos que tienen los padres respecto sus hijos, no obstante, el Código Civil lo define como no solamente un conjunto de derechos, sino también de obligaciones; al igual que lo hace Castro.

La patria potestad es personal, porque solamente les corresponde a los padres ejercerla, no puede ser ejercida ni aún por familiares. Es obligatoria pues, únicamente se

deja de tenerla cuando uno de los progenitores es privado de ella o a su vez, ésta ha sido suspendida por cualquiera de las causales contempladas en la normativa vigente. Y, es irrenunciable debido a que, lo que prima no son los deseos de los padres, sino que, prevalece el interés social y el de los niños, niñas y adolescentes.

## **1.2 Tenencia**

El término tenencia proviene del latín “tenere” que hace alusión a posesión o guarda. Dentro del derecho de familia, se entiende a la tenencia como aquella convivencia de los padres con sus hijos, que se traduce en el vivir bajo un mismo techo; Castro define la tenencia como “la relación fáctica que sirve de base para el ejercicio y el cumplimiento de los deberes” (2019), esta convivencia hace que los padres puedan ejercer los deberes y derechos que les impone la patria potestad, tales como el cuidado y guarda de los hijos; así como de sus intereses patrimoniales. Es por ello que esta institución guarda íntima relación con la patria potestad, pues, la tenencia viene a ser un atributo de ella.

La tenencia, si bien es el derecho que tienen los padres de tener a sus hijos consigo. Es también, un derecho de los hijos de estar con sus padres y no ser alejados de ellos. Así como, el de vivir en un ambiente idóneo que permita su desarrollo pleno.

Esta institución tiene como fin solventar las dificultades que pueden llegar a presentarse cuando los padres toman la decisión de divorciarse; si estuvieron casados o, a su vez, separarse, pues, es cuando más complejo resulta llevar una convivencia adecuada entre padres e hijos, por ello la ley encarga la tenencia al progenitor que mejor garantice el bienestar del niño o adolescente y al otro le corresponderá un régimen de visitas, para conservar el contacto con el otro progenitor.

Al respecto Ramos manifiesta que, durante el matrimonio o la vida en unión ambos progenitores ejercen conjuntamente su derecho respecto la tenencia, no obstante, el problema viene con el divorcio (2014). Esta situación, hace que la tenencia solo pueda ser ejercida por uno de los padres, es decir, es de carácter unilateral. Lo que acarrea que, el progenitor que no goza de este derecho, tenga a su favor un régimen de visitas que, en muchos casos llegan a ser visitas esporádicas y condicionadas a la voluntad del otro progenitor. Es por ello que, muchos autores, consideran que aplicar la tenencia compartida en nuestra legislación solucionaría este problema.

Entendemos a la tenencia compartida como la situación legal que se origina con la separación de los padres, pero éstos deciden que, de forma conjunta y complementaria se encargarán de la protección de los hijos. No obstante, esta situación implica que, ambos progenitores tendrán derecho a pasar con sus hijos varios días entre la semana de forma alternativa (Badaraco, 2018). Lo que ocasionaría el traslado de los hijos de forma reiterada de la vivienda de la madre hacía la del padre, o viceversa, según sea el caso, generándose así una inestabilidad para los hijos.

### **1.3 La preferencia materna en la patria potestad y tenencia**

La preferencia materna es una tendencia que ha sido aceptada por algunas legislaciones; entre ellas la ecuatoriana. Ésta se da cuando los padres deciden dar por terminada su relación, y fruto de ésta, existen hijos menores de edad de los cuales la ley va a encargar su tenencia a uno de los progenitores.

Según esta preferencia, la tenencia de los hijos sería encomendada a la madre de forma preferente, pues, la preferencia materna se basa en el supuesto de que la madre será mejor cuidadora y, por ende, la responsable de la crianza de sus hijos.

Esta tendencia de la preferencia materna obedece principalmente a una construcción social o, como en la actualidad se conocen; los roles de género, que son definidos por Macia, Mensalvas y Torralba como las conductas o acciones que la sociedad espera de cada persona en razón de su sexo (2008).

Siguiendo este concepto, histórica y socialmente, la sociedad tiene como expectativa que, tanto la mujer, como el hombre asuman distintos papeles de cómo van a comportarse dentro de la sociedad. Es así que, el rol o papel que se espera del hombre, como padre de familia, es que éste sea el encargado del sustento económico, de la toma de decisiones y ser la cabeza del hogar. Mientras que, el rol femenino dentro de la familia, es que la mujer debe ser quien sea el apoyo emocional, quien se encargue de la crianza y cuidado de los hijos y, en general, de los que haceres domésticos.

Román al respecto menciona que “es la mujer quien permanece en el hogar con mayor frecuencia y se encarga, además del cuidado de los hijos en otras actividades como las domésticas, relacionadas con la educación y en casos específicos de niños de 0-3 años de cuidados biológicos propios de la edad” (2018). Por lo tanto, socialmente, la preferencia materna ha tenido un impacto significativo, en torno a la crianza y cuidado de

los hijos pues, cumple con las expectativas de la sociedad al encargar el cuidado de los hijos a la madre.

Además, según el derecho natural, es decir, el conjunto de normas fundadas en la naturaleza del ser humano que, si bien no están escritas en alguna ley, son universales. Defiende de igual manera que la madre será la más óptima para la toma de decisiones cuando se trata de los hijos.

No obstante, esto se fortalece aún más con el argumento de que las mujeres son quienes crean un vínculo biológico con los hijos, pues, son ellas quienes van a pasar por las distintas etapas biológicas que comprende el ser madre; desde el embarazo, el parto, la lactancia, hasta el convivir diario con el hijo. Por ende, este vínculo hace que entre madres e hijos exista una conexión física y emocional.

Así mismo, siguiendo la doctrina de los años tiernos, la cual se basa en la presunción de que toda madre goza de las condiciones y aptitudes suficientes para otorgar a sus hijos los cuidados que ameriten (2008). Doctrina que se basa principalmente en el derecho consuetudinario, la cual considera que, los niños hasta una cierta etapa o edad de su vida, necesita más de la madre que del padre, porque es quién tiene las condiciones biológicas para alimentar al menor y, por ende, debería estar bajo su cuidado.

Para ello, Adolfo Gómez sostiene que, el contacto piel con piel, el alargar la lactancia lo más prolongado posible y el hecho de cargar a los bebés, son cuestiones necesarias e indispensables para el buen desarrollo emocional y afectivo de los hijos (2010). Consecuentemente, de ninguna forma, el encomendar la crianza de los hijos a las madres significa el querer promover que las mujeres se las siga encasillando como las únicas que deben encargarse de los hijos y de las tareas del hogar, sino que; esto obedece a una relación de apego que los hijos crean con la madre, al pasar por todo el proceso biológico que comprende la maternidad.

### **1.3.1 Preferencia materna en el derecho comparado**

En cuanto a la legislación chilena, la ley otorgaba el cuidado de los hijos a la madre cuando estos tenían menos de 5 años de edad, sin ningún tipo de distinción de sexo. Sin embargo, existe un factor diferenciador cuando los hijos cumplían 5 años en adelante pues, después de esta edad, los hijos varones pasaban al cuidado del padre. No obstante, esto no fue modificado hasta el año 1935 que, se le confiaba el cuidado de los hijos

varones a la madre hasta que estos cumplieran 10 años, mientras que a las hijas se le encomendaba a la madre cualquiera que fuese su edad.

Esto años después siguió evolucionando, modificándose la regla, en la cual todos los hijos menores de 14 años de edad serían encomendados a la madre para su cuidado y, que después de esa edad pasarían al cuidado de la madre; no obstante, aquí se empieza a valorar los deseos y sentimientos de los hijos, tomando relevancia su opinión.

Posteriormente, esto fue remplazado por la Ley 18.802 de 1989, en la cual se derogó el precepto legal que contenía lo antes mencionado y, en su reemplazo se reguló que la madre sería quién este a cargo del cuidado de los hijos menores de edad. Esto con el objeto de que no exista una diferenciación de sexo en cuanto a los hijos para atribuir su tenencia a uno de los progenitores, así como evitar que los hermanos sean separados.

Ahora, en el Código Civil Chileno, regula que cuando no existe acuerdo entre los progenitores sobre la tenencia de los hijos, su cuidado le corresponde al progenitor con quién este conviviendo en el hogar y, quién no tenga el cuidado personal de los hijos, tendrá derecho de mantener una relación directa, pacífica y regular con ellos.

Por otro lado, en Colombia con su principal cuerpo normativo denominado Código de la Infancia y la Adolescencia, se han hecho grandes esfuerzos por promover la corresponsabilidad parental y que es la familia, el Estado y la sociedad los responsables en promover y proteger el cuidado y bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, encontramos el concepto de responsabilidad parental, entendiendo a esta como la obligación que tiene los progenitores en el cuidado y crianza de los hijos, y que, esto no es exclusivo de uno u otro, sino que ambos progenitores son responsables de forma compartida y solidaria, para que, de esa forma, se pueda llegar al mejor nivel de ejercicio de derechos de los hijos.

Además, al igual que la legislación ecuatoriana, se reconoce la importancia de tener una familia y de no ser separado de ella y que, el bienestar y desarrollo de los hijos no solo es para los padres, sino que se extiende para todos aquellos que forman parte de su entorno y de su día a día.

No obstante, si bien se promueve la corresponsabilidad parental en ambos países, se entiende que ésta solamente puede ser aplicada previo a un acuerdo entre los

progenitores, situación un tanto compleja cuando entre los padres no existe una comunicación pacífica y de cooperación.

### **1.3.2 Antecedentes legales**

Antes de la creación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en Ecuador, el principal Código que regulaba las instituciones del derecho de familia, eran los Códigos de Menores que, por el contrario de lo que sucede con la preferencia materna, aquí se privilegiaba al padre el cuidado de los hijos y, salvo que el padre falleciera, se le concedía la tenencia a la madre.

Ahora, el principal cuerpo legal que regula y recoge las normas relativas a los derechos de los niños y adolescentes en la legislación ecuatoriana, es el Código Orgánico General de la Niñez y Adolescencia (CONA). Esta normativa entra en vigencia el cuatro de noviembre del 2003, con el objetivo principal de velar y garantizar el pleno desarrollo de los niños y adolescentes, así como su bienestar. Este código abarca derechos fundamentales como el derecho a la vida, salud, educación, identidad, etc. Así mismo, contempla las responsabilidades de los padres; pues, son los principales responsables de la crianza de los hijos, tales como el brindar la alimentación, garantizar un ambiente sano e incentivar la educación.

Por lo tanto, es dentro de esta normativa donde se encuentra reflejado la aplicación de la preferencia materna en la legislación ecuatoriana. Puesto que, hasta el año 2021, la ley preveía que, en caso de conflicto entre los padres, o falta de acuerdo entre ellos, se confiaría la patria potestad de los hijos menores de edad de forma preferente a la madre. Esto se encontraba contemplado en el Art. 106 del Código Orgánico General de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4 respectivamente:

“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” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2010)

Y de igual forma, en el mismo artículo, “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2010).

No obstante, esta circunstancia cambió con la resolución de la Corte Constitucional N° 28, publicada en el Registro Oficial 262 el 17 de enero del 2022 que, mediante una acción de inconstitucionalidad presentada por Daniela Salazar y Farith Simon, profesores de la Universidad San Francisco de la ciudad de Quito. Se declara la inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 contenidos en el Art. 106 antes citado, normas que contenían de forma expresa la preferencia que hace la ley al encomendar la patria potestad de los hijos a la madre y que, esta situación se va en contra del principio constitucional del interés superior del niño.

Esta resolución tiene como fundamento principal, el que los numerales antes mencionados violentan derechos fundamentales, como son, el derecho a la igualdad formal y material, entre hombres y mujeres. También contraviene el derecho a la no discriminación, en cuanto a los padres de familia, al considerarlos “menos aptos” para encomendarles el cuidado de los hijos.

### **1.3.3 Crítica a la preferencia materna**

Si bien la preferencia materna tiene un fuerte acogimiento desde un punto de vista social. También es fuertemente criticada debido a que, al ser aplicada en la legislación ecuatoriana, parecería que es el legislador quién crea esta brecha de desigualdad, al dar paso y positivizar esta preferencia, generándose una aparente desigualdad entre hombres y mujeres o, específicamente, entre padres y madres.

Internacionalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 16 numeral 1, regula que:

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Díaz, Orozco y Villa al respecto mencionan que, la norma jurídica no debe hacer ningún tipo de distinciones respecto a cuestiones de sexo, etnia, religión, estatus social, preferencias sexuales, etc., porque atentaría contra la dignidad de las personas (2014). No obstante, hay que considerar que, en su momento, las normas que recogían la preferencia materna obedecían a un fin mayor, que son los niños y adolescentes, pues son ellos los

principales sujetos de protección del derecho cuando hablamos de la patria potestad y tenencia, debido a que, se prioriza sus necesidades.

Consecuentemente, el propósito del legislador al adoptar la preferencia materna, no se puede interpretar como la intención de querer atribuir el rol exclusivo de cuidadora a la madre, sino que, el objetivo es el precautelar el bienestar de los menores, así como de sus cuidadoras al encomendar a la madre su cuidado, atendiendo a las costumbres, cuestiones sociales y biológicas analizadas anteriormente.

### **1.3.3.1 La doctrina del dador de cuidados básicos como alternativa a la preferencia materna**

Esta doctrina surge a finales de la década de los ochenta, en la que se pretendió resolver los conflictos que se presentaban respecto la custodia compartida. Dentro de la misma se propone que el cuidado y custodia de los hijos menores de edad sea encomendada al progenitor que asumió su cuidado y consecuentemente creó un vínculo más estrecho con el menor.

Siguiendo el concepto, la tenencia de los hijos menores de edad sería confiada al progenitor que más lazos y ha creado con su hijo o hija durante su crianza. Pero, sin descartar la responsabilidad que tiene el otro progenitor, pues, tendrá a su favor un régimen de visitas y comunicacional para garantizar una buena relación con el mismo, sin descuidar su derecho de que se le informe respecto las situaciones ordinarias e importantes dentro de la vida de los hijos.

Esta teoría además vela por los intereses de los niños, al hacer que se genere una estabilidad en la vida de los menores al no permitir un cambio significativo en su entorno al momento de dar el cuidado de los hijos a uno de los progenitores que mejor ha demostrado mantener la relación con ellos durante sus años de vida.

Además, el implementar esta doctrina implica la eliminación de los estereotipos de género en la norma, pues, contrario a lo que pasa con la preferencia materna, aquí el factor decisivo no es el sexo de los progenitores, sino la prevalencia de los beneficios que van a tener los menores bajo el cuidado del progenitor que ha ejercido papel más idóneo dentro la vida en matrimonio o conjunta.

## **1.4 Derechos Constitucionales Involucrados**

La acción de inconstitucionalidad es una garantía jurisdiccional recogida y regulada por nuestro ordenamiento jurídico y tiene como principal objeto el eliminar una norma que, por el fondo o por la forma, contraría la Constitución de la República y los derechos fundamentales que ella recoge.

Es así que, la inconstitucionalidad de la preferencia materna tiene su principal fundamento en el hecho de que su aplicación en la legislación ecuatoriana ha ocasionado que, cuando existen contiendas entre los padres, respecto de los hijos, el padre se encuentre en desventaja respecto a la madre, pues, la norma expresamente otorga la preferencia a la madre cuando los progenitores se encuentran en igualdad de condiciones.

Así mismo, se sostiene que el preservar la preferencia materna en una norma jurídica implica aumentar la discriminación de las mujeres al imponerles un deber de cuidado, por el solo hecho de ser mujer.

Esto ha sido objeto de una serie de discusiones pues, se considera que esta desventaja incurre en una grave vulneración de derechos fundamentales recogidos en nuestra constitución, es por ello que, por medio de la acción de inconstitucionalidad, lo que se buscó es que se discuta si efectivamente se violentan derechos, para que, de esa forma, si se verifica dicha vulneración, eliminar la norma que la contempla.

#### **1.4.1 Derecho a la igualdad**

El Derecho a la igualdad es una de las bases del Estado, es así que todas las personas nacemos libres e iguales en dignidad y derechos y, con ello se justifica el hecho de que bajo ningún supuesto cabe el tratar a ciertas personas de forma diferente y, por ende, es impensable que se prive o restrinja algún derecho.

Ninguna persona debe ser discriminada en razón de su sexo, orientación sexual, raza, condición social, etc. Y no existe causa que justifique un trato o consideración diferente entre las personas. Latorre afirma que todas las personas nacemos libres e iguales en dignidad y también en derechos, es por ello que no cabe la idea de que exista alguna justificación general para tratar a ciertos individuos o grupos de personas de forma diferente o discriminatoria (2017).

De igual manera, nuestra Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la igualdad al reconocer que todas las personas son iguales y por ende gozarán

de los mismos derechos, deberes y oportunidades (2008). Y en caso de que alguien atente con este derecho fundamental, será el Estado quién sancione estos actos.

Luigi Ferrajoli, en su libro *Manifiesto por la Igualdad*, considera que, “los derechos fundamentales son la base jurídica de la igualdad” (2019, s.p). Siguiendo este concepto, nuestra Constitución, reconoce otros derechos fundamentales tales como: el de la vida, de no discriminación, libertad de opinión, expresión, asociación, libertad de cátedra, etc., que no es más que la concreción y reconocimiento de las diferencias que puedan existir entre las personas y el deber de respeto a las mismas, lo que conlleva al derecho de igualdad.

#### **1.4.1.1 Limitaciones**

Si bien, en atención a lo mencionado con anterioridad, la igualdad implica que las personas no pueden, ni deben ser sujetos a tratos diferentes de forma arbitraria o injustificada, hay que considerar la realidad social que viven determinadas personas o grupos de personas y, la condición de desventaja en la que se encuentran sometidas.

Haciendo que, debido a esta situación, sea imperativo acoger medidas que se adapten a esa realidad, para así lograr una igualdad, y que todas las personas tengan las mismas oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales. Estas medidas de cierta forma involucran un trato diferenciado, “lo que no es considerado como una discriminación, sino una diferenciación” (Huerta, 2005, p. 308). Lo que implica un trato desigual entre desiguales, pero bajo ningún supuesto discriminatorio.

Es por ello que, es el Estado quien manifiesta esta diferenciación, cuando se crean leyes con contenido que, en principio, parecería discriminatorio para que después, consecuentemente, sea el órgano jurisdiccional quién los aplique en casos concretos.

Hay que considerar que, como manifestaba Huerta en la cita anterior, hay ocasiones, en las que la norma jurídica debe considerar la realidad a la que se someten ciertas personas, en este caso las mujeres o madres, pues, éstas se encuentran bajo una desventaja respecto al hombre, especialmente aquéllas que dependen del hombre para el sustento del hogar.

Por consiguiente, no podemos hablar de que exista una igualdad formal respecto a las mujeres y, por ende, no es fiable tratar al hombre y la mujer como iguales, porque

no están en igualdad de condiciones. De tal modo, el derecho a la igualdad no solo implica que ésta exista materialmente, sino además requiere de su aplicación.

En el mismo sentido, Bolaños opina que “es la obligación estatal de adjudicar un tratamiento diferente a las personas que se encuentran en situaciones desiguales con la finalidad de conseguir el escenario deseable de la igualdad” (2016, p. 366).

No obstante, Domínguez cree que parecería incorrecto que este problema este enfocado en el derecho de igualdad entre los padres porque ello daría a entender que sobre ellos recae la protección, cuando indiscutiblemente esto debe ser decidido desde un enfoque de lo que mejor convenga a los hijos.

#### **1.4.2 Derecho a la no discriminación**

El derecho a la no discriminación surge cuando no se han cumplido con los requerimientos que implica el respeto del derecho de la igualdad. Es por ello que decimos que, los derechos fundamentales se relacionan entre sí pues, el irrespeto de uno de ellos acarrea que los demás también se vean afectados.

Es deber del Estado garantizar tanto el derecho a la igualdad como el de no discriminación pues, esto se ve reflejado con la idea de democracia. Es así que, la Constitución del Ecuador, reconoce, garantiza y protege la no discriminación de todas las personas y grupos de personas sujetas a la legislación ecuatoriana. Al igual que garantiza una igualdad formal y material. Jesús Rodríguez define la discriminación como:

*“Una conducta, culturalmente fundada, sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales”.*  
(2005, p.24).

La no discriminación desde un punto de vista formal, implica que todas las personas, en iguales condiciones, tienen que ser tratadas por igual. Mientras que; desde un enfoque material, se considera que existen varias personas que están bajo determinados contextos que amerita un trato diferenciado.

#### **1.4.3 Derecho a la corresponsabilidad parental**

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer entra en vigor el 3 de septiembre del 1981, en el que, dentro de su preámbulo nos da un acercamiento de lo que debemos entender como corresponsabilidad parental al reconocer la importancia de la maternidad, así como del papel del padre conjuntamente con el de la madre en la familia y, en la educación y cuidado de los hijos. Y recomienda que los Estados parte adopten medidas que aseguren la efectividad de la corresponsabilidad.

Así mismo, el Estado ecuatoriano recoge la corresponsabilidad parental en varios artículos de la Constitución, en las que se garantiza el promover, incentivar e impulsar su ejercicio, entendiendo a ésta como la responsabilidad que tienen ambos progenitores en la toma de decisiones importantes en relación de los hijos. De igual forma, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia manda que ambos progenitores tienen las mismas obligaciones y derechos con sus hijos (Art. 100).

No obstante, la corresponsabilidad parental no abarca solamente el deber natural que los padres tienen para con sus hijos, respecto a su crianza, cuidado, educación, etc., sino que, implica también que los deberes y derechos que recaen sobre los hijos, deban ser ejercidos de forma equitativa e igualitaria entre padres y madres. Responsabilidad que debe ser asumida así los progenitores vivan juntos o no, es decir, lo óptimo sería que, los padres sigan ejerciendo sus obligaciones con sus hijos aún después de un divorcio o separación pues, lo uno no tiene que ver con lo otro.

En la misma línea, Lathrop define a la corresponsabilidad como un principio que “consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores queden ejercer frente a sus hijos” (2008, p. 22)

Pero, no se trata de repartir los deberes y derechos entre padre y madre de forma cuantitativa. Si no, ejercerlos de forma conjunta y que no implique un cambio abrupto en el entorno del menor. Así el único cambio o diferencia que se tendría que dar en la vida de los hijos después de una separación de los padres, es el hecho de la convivencia y vida permanente con un padre, y con el otro la convivencia va a ser interrumpida pues, tendrá a su favor un derecho de visitas que impide la convivencia permanente, salvo que, atendiendo al interés superior del menor, la ley impida o restrinja la cercanía de alguno de los progenitores con el menor.

La corresponsabilidad parental, presenta mayor inconveniente, como ya se mencionó anteriormente, después de la separación de los padres pues, es cuando más conflictiva y vulnerable se encuentra la relación entre los mismos, lo que hace que tomar decisiones conjuntas sea un tanto complejo. Pues, hacer efectiva esta corresponsabilidad implica que exista una buena comunicación entre los padres.

Para que se perfeccione una plena corresponsabilidad parental, requiere que los padres dejen de lado su propio estado emocional, para que, de esa forma, se prioricen los intereses y las necesidades de los hijos. Por ejemplo, los temas respecto a asuntos de la vida ordinaria de los hijos, las decisiones serán tomadas por el progenitor a quién se le encomendó su cuidado en el momento en que las ameritó. Pero su obligación de comunicar al otro progenitor queda intacta. Por lo tanto, si bien no hay la presencia de uno de los progenitores, se mantiene una adecuada comunicación entre padres al tenerle informado en aspecto relevantes y cotidianos de la vida del menor.

Si el cuidado de los hijos será compartido y, por ende, es ejercido por más de un titular, en este caso, por ambos padres, padre y madre, comprende una distribución de funciones entre los dos progenitores. Situación un tanto irreal en la práctica pues, después de una separación, generalmente, no existe una empatía entre los padres y, por ende, no hay una comunicación efectiva ni pacífica, necesaria para la aplicación de este tipo de cuidado.

Es así que, en la vida práctica, son los intereses propios y emocionales entre los padres, muchas veces predominan antes que los de los hijos, que son los principales sujetos de protección. Lo que induce a que la corresponsabilidad no sea perfeccionada en su totalidad, ni mucho menos permite que se cumpla con los objetivos propios de la misma.

Las personas más afectadas cuando no se configura una plena corresponsabilidad parental son los niños, niñas y adolescentes, ya que es su derecho estar en un ambiente saludable y sano entre sus progenitores, siempre que esto no contrarie el principio del interés superior del niño. Es obligación y responsabilidad de ambos progenitores garantizar que esto se cumpla.

## **1.5 Custodia Compartida**

La custodia compartida se origina como una contraposición a la tenencia unilateral, esta institución jurídica viene a ser un nuevo modelo de cuidado de los hijos, donde el problema no radica en quién de los progenitores será el responsable de la tenencia y cuidado de los hijos, sino que, el compromiso que busca este nuevo modelo, es que ambos padres sean responsables de la tenencia de los hijos o, en otras palabras, son responsables de la convivencia bajo el mismo techo con ambos progenitores, que a pesar de que éstos se encuentren separados, compartirán la convivencia con sus hijos intercaladamente, por determinados periodos de tiempo.

Este tipo de custodia implica que los hijos deben trasladarse constantemente del domicilio del padre, hacia el domicilio de la madre, esto con el objeto de que ambos progenitores puedan participar activamente en las actividades de los hijos, así como en su cuidado personal. Sin embargo, la custodia compartida, a pesar de que pretende ser equitativa, siempre existirá el progenitor cuyo domicilio será el permanente de la residencia de los hijos y, el otro será solamente aquel el cual los hijos deberán trasladarse dentro de periodos de tiempo. Por lo tanto, existe una resistencia racional de aceptar la idea que no los hijos deban compartir dos casas y dos relaciones parentales,

Esta custodia no se debe confundir con aquella que se conoce como custodia distributiva, pues, esta última es aquella en la que los progenitores, en caso de existir más de un hijo, por medio de acuerdo entre los padres, se reparten los hijos para equilibrar las responsabilidades, por ejemplo, si en una familia existen dos hijos, uno vivirá bajo el cuidado de la madre y otro bajo el cuidado del padre. Sin embargo, esto presenta una separación entre hermanos, ocasionando que se rompan aún más los lazos familiares. En la custodia compartida no existe esta separación, sino más bien una movilización constante de los hijos.

Si bien este tipo de custodia parecería ser una buena alternativa para la tenencia monoparental que actualmente recoge nuestra legislación presenta algunos inconvenientes. En primer lugar, la legislación ecuatoriana no contempla este tipo de custodia, por lo tanto, solo podría aplicarse cuando existe acuerdo entre los progenitores. Además, la constante movilización de los hijos, de un lugar a otro, implica una enorme inestabilidad en la vida de los hijos, siendo que es un derecho fundamental el tener un hogar y una residencia estable.

Además, algunos expertos consideran que de llegarse a aplicar la custodia compartida crearía una desigualdad en el resultado (Lathrop, 2008) y que esto se debe a que, en algunos hogares, sino es que, en la mayoría, los hombres son quienes ejercen el papel de cabeza del hogar y, por ende, ejercen un poder de superioridad respecto a los demás integrantes de la familia, por lo tanto, aplicar la custodia compartida en la legislación, implicaría que esto se dé un tanto forzado pues, entre padres, no se encuentran en una igualdad de condiciones.

## **CAPÍTULO 2**

### **2. CRITERIOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA PREFERENCIA MATERNA**

#### **2.1 Antecedentes del caso**

El 1 de abril del año 2015, llega a conocimiento de la Corte Constitucional una acción de inconstitucionalidad, acción que tiene como objeto el detectar e identificar incompatibilidades normativas. En el presente caso la acción va dirigida en contra de los numerales 2 y 4 del Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, presentado por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz y Adriana Orellana, quiénes argumentaban que la norma impugnada es contraria a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, bajo los presupuestos de que dicha norma atenta contra el derecho de igualdad y no discriminación en contra de las mujeres al seguir fomentando estereotipos de género, y que además la norma contraria el principio del interés del niño.

Es así que, en fecha 24 de noviembre de 2021, se declara la inconstitucionalidad por el fondo mediante la sentencia No. 28-15-IN de la norma que recogía la preferencia materna, ya que la Corte consideró que efectivamente la norma era discriminatoria y por lo tanto debe eliminarse del ordenamiento jurídico. Haciendo un llamado al cumplimiento de la corresponsabilidad parental, para evitar se siga fomentando la desigualdad en el ambiente doméstico.

Si bien el objeto de la demanda de inconstitucionalidad era el que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad el Artículo 106, numerales 2 y 4, norma que abarca las reglas que se deben seguir para confiar el ejercicio de la patria potestad, y de las cuales recoge la preferencia materna, la Corte Constitucional va más allá y termina alterando todos los parámetros de la tenencia pues, se relaciona también con el Artículo 118 el cual regula la institución jurídica de la tenencia, pues expresamente dice que la tenencia se encargará siguiendo las mismas reglas del Artículo 106, por consiguiente, el análisis se centra en las dos instituciones, tanto de la patria potestad, como en la tenencia.

## **2.2 Argumentos a favor de la inconstitucionalidad**

Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, con seis votos a favor de los jueces constitucionales Karla Andrade, Agustín Grijalva, Enrique Herrería, Alí Lozada, Hernán Salgado y el Dr. Ramiro Ávila con voto concurrente. Un voto salvado que fue presentado de forma conjunta entre las juezas Teresa Nuques y Carmen Corral. Y, la jueza Daniela Salazar quién no consignó su voto en razón de que presentó excusa en la causa porque fue una de las proponentes de la demanda de inconstitucionalidad. Con el Dr. Enrique Herrería como juez ponente. Es imperioso conocer los fundamentos que llevaron a los jueces de la Corte Constitucional a declarar la misma, siendo un tema de vital trascendencia en el derecho de familia y en la sociedad como tal. Así como, es necesario determinar si estos fundamentos y criterios están de acuerdo y velan por el interés superior del niño.

Es así que, en primer lugar, se analizará los argumentos de los seis jueces que votaron a favor de la inconstitucionalidad, es decir, de la eliminación de la preferencia materna en la norma, para que ésta ya no sea aplicada por los jueces en sus resoluciones, con especial atención al voto concurrente del Dr. Ramiro Ávila.

### **2.2.1 Igualdad de género**

Uno de los temas analizados en la discusión sobre preferencia materna es la igualdad de género. ONU Mujeres, al ser la mayor organización a nivel mundial dedicada a incentivar la igualdad de género, así como el empoderamiento de todas las mujeres, define a la igualdad de género como el acceso a oportunidades, lo que conlleva a un ejercicio pleno y efectivo de los derechos y que éstos no dependan del sexo de las personas y, no necesariamente significa que hombres y mujeres deban ser tratados como equivalentes (2015). Sin embargo, para conseguir el acceso de oportunidades igualitario, entre hombre y mujer, es necesario potenciar o crear esa capacidad a los grupos que se encuentran más vulnerables en limitación de recursos.

La Constitución del Ecuador reconoce y garantiza en varios de sus preceptos la igualdad de género, así mismo impulsa la creación de oportunidades tanto para el hombre como para la mujer. No obstante, el decretar una norma que reconoce la igualdad, no garantiza que esto suceda en la práctica. Pues, si bien tenemos norma expresa de igualdad de oportunidades, sucede que, esto no es un hecho.

Por ejemplo, según el reporte de brecha global de género 2022 y 2023, Ecuador se encuentra posicionado en el puesto 10 respecto de todos los países latinoamericanos en paridad de género con un puntaje de 0.737, siendo 1 el indicador máximo de paridad de género y 0 indicador de disparidad de género. Este informe se mide sobre cuestiones de participación y oportunidad económica, logros educativos, salud y supervivencia y, empoderamiento político, cuestiones que determinan si los hombres y mujeres participan de forma equilibrada en puestos de poder, así como en la toma de decisiones en ámbitos como la política, economía y socialmente. Por lo tanto, estos datos reflejan todavía el trabajo que tiene Ecuador para lograr una paridad e igualdad entre hombres y mujeres en la práctica y que, es una realidad que se debería de considerar.

En primer lugar, desde un punto de vista del derecho de igualdad de la mujer, el debate propuesto en el análisis supone que la preferencia materna fomenta la desigualdad de género, al considerar que la mujer es más apta para encomendar el cuidado de los hijos y, por lo tanto, se le impone una obligación por el solo hecho de ser mujer. Por lo que provocaría que se siga fomentando estereotipos que se han venido atribuyendo durante largos años en una sociedad patriarcal y, consecuentemente, se vulnera el ejercicio equitativo de los derechos y obligaciones que deberían tener ambos progenitores.

Es así que el Doctor Rámiro Ávila, Juez de la Corte Constitucional dentro de la presente acción de inconstitucionalidad, presenta su voto concurrente manifestando que, no por el hecho de que históricamente el cuidado de los hijos se ha encomendado a la madre, significaría bajo ningún presupuesto de que es mejor cuidadora, y de igual forma sucede con el padre que no se le ha encomendado dicha tarea, aquello no supone que el padre no va a velar y cuidar por lo hijos, sino que, “el rol de cuidado no es dado, se aprende”. De igual forma menciona que “lo ideal no es que sigan las madres ejerciendo casi exclusivamente el cuidado de hijos e hijas, sino que padre y madre compartan ese cuidado” (párr. 9)

Y, en segundo lugar, hay que tomar en consideración que la preferencia materna no atenta solamente a la mujer, sino también al hombre como padre de familia, es así que la norma que se somete a objeto de análisis, menciona que, en caso de que, padre y madre se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá a la madre, no obstante, el legislador no especifica el porqué, si los padres se encuentran en igualdad de condiciones,

se considera al padre como menos merecedor del cuidado de sus hijos. Lo que efectivamente atenta con el derecho fundamental a la igualdad.

A más que, la preferencia materna refuerza un sistema monoparental, en el cual, imperativamente se atribuye el cuidado de los hijos a uno de los progenitores, dejando al otro limitado en el acceso a sus hijos.

Además, se discutió que, la norma que recogía la preferencia materna, es una norma que se encuentra desactualizada pues, no va acorde con el cambio que han generado otros países que han eliminado esta preferencia y en su lugar, han realizado esfuerzos por aplicar la figura de la tenencia compartida, esto con el afán de erradicar normas con contenido que atenten contra la igualdad de género.

### **2.2.2 Interés superior del niño**

Se debe entender el interés superior del niño como un principio fundamental en cual debe estar presente en cada uno de los procesos donde intervenga un niño, niña o adolescente, para que éstos gocen de una protección de sus derechos, con el propósito principal de proteger y precautelar a los menores debido a su condición de vulnerabilidad que, por su temprana edad les impide tomar decisiones por sí mismos.

López menciona que el principio del interés superior del niño hace alusión al bienestar de los niños y niñas y que éste debe prevalecer sobre cualquier otra cuestión sobre la que se tenga que resolver y que, además, implica considerar sus deseos y sentimientos, atendiendo siempre a su edad y madurez (2015)

Así mismo, se sostiene que, dentro del Derecho de familia, todos aquellos preceptos que regulen las relaciones parentales y, en general, de la familia, el interés superior del niño representa el pilar fundamental para la reglamentación jurídica. Y que bajo ningún supuesto cabe que el legislador cree normas en contra o inobservando este principio.

Es así que la Convención sobre los derechos del niño que, tiene fuerza vinculante para todos los Estados parte, recoge cuatro principios generales, entre ellos el del interés superior del niño como principio rector, que sirve para orientar a los padres y madres sobre la prioridad de los hijos en las decisiones que recaigan sobre ellos. No obstante, el mismo convenio menciona que, además, le corresponde al Estado asegurar una adecuada protección de los hijos, cuando sus padres y madres, o quién sea responsable dependiendo

el caso, no tengan capacidad para hacerlo. Es así que, a falta de los progenitores, es el Estado el responsable por velar por los niños, niñas y adolescentes.

También, este principio implica todas las decisiones de autoridades del Estado, en las que se encuentren involucrados, niños, niñas y adolescentes, se velará siempre y sin causa justificable por el beneficio de ellos, priorizando sus necesidades, intereses y derechos. Por lo tanto, no se trata de un principio que tenga solamente como objetivo el beneficiar de alguna forma a los niños y niñas, sino también posee de un rango de prioridad, ya que supone que el interés de los niños va a prevalecer y sobreponerse sobre el de cualquier otro, inclusive sobre el de los padres.

Cillero (2015) opina que la aplicación del principio del interés superior del niño “permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes positivas sobre los estados y sus funcionarios” (p.8). ya que, ninguna norma debe ir en contra de este principio, sino todo lo contrario, este debe prevalecer en todo momento.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia, en cambio dispone que este principio sirve para interpretar las normas, conforme a satisfacer el ejercicio pleno de los derechos de los niños de forma que se garantice lo que mejor les convenga. Así mismo, nuestra Constitución acoge este principio, otorgándole una condición de prioridad.

No obstante, la aplicación de este principio no basta solo con su reconocimiento en la normativa, sino además implica una actuación y seguimiento minucioso por parte del Estado sobre las actuaciones jurisdiccionales, para que de esa forma controlar que sus decisiones se basen en dicho principio, y no es suficiente el solo mencionarlas o citarlas en las resoluciones, sino aplicarlas con un análisis previo.

#### **2.2.2.1 Aspectos que orientan la debida aplicación del principio del interés superior del niño**

El principio del interés superior del niño debe considerarse y aplicarse siempre que se vaya a tomar alguna decisión o medida que pueda afectar a un niño, niña o adolescente, ya sea que esta afección se produzca de forma directa o indirecta. Por consiguiente, cuando se trata de procesos judiciales donde se ventile la tenencia de los hijos o la patria potestad según sea el caso, el juez es el llamado a evaluar y aplicar dicho principio.

Para ello, primero es necesario establecer cuando se efectiviza y aplica de forma plena el principio de interés superior del niño, López (2015) menciona que para poder tomar una decisión que mejor proteja a los niños y niñas es necesario considerar los posibles efectos que ésta pueda acarrear, tales como un cambio en su entorno, así como cuestiones más personales como el amor, la confianza, la educación, etc. Y, una vez identificados los posibles efectos, estos se tendrán que ponderar para poder llegar a tomar la decisión que más beneficie a los menores.

El objetivo de esta ponderación es el de prever las posibles consecuencias a futuro que puedan detonar en la vida de los hijos cuando sus padres toman decisiones por ellos, o a su vez el Estado, por medio del órgano jurisdiccional cuando debe aplicar alguna norma en un caso concreto que verse sobre hijos menores de edad. Para que, de esa forma, se pueda decidir como mejor ampare a los niños, niñas y adolescentes y se precautelen su mejor provenir.

Consecuentemente, López (2015) manifiesta que, para poder llegar a alcanzar el fundamento propio del principio, implica considerar tres aspectos concretos que son “la capacidad de los niños y niñas, su entorno familiar y social, y la predictibilidad” (p.58). De modo que, todo aquel que vaya a decidir cuestiones que recaigan sobre los niños y niñas, deberán antes identificar los tres aspectos antes mencionados para así velar porque el interés superior se cumpla en su cabalidad.

Primero, en cuanto a la capacidad de los niños, el Comité de los Derechos del niño manifiesta que la edad de los niños y niñas, generalmente no es un factor determinante para valorar su capacidad de expresar su opinión de forma razonada, así como de su madurez para tomar decisiones de forma independiente. Sino que influyen otros factores, como el entorno bajo el cual vive, experiencias, costumbres, información, etc. y que cada niño, al estar sometido a factores diferentes, amerita un estudio de cada uno de ellos, de modo que exista un análisis caso por caso.

Sin embargo, Donaldson (1997) en su obra denominada “La mente de los niños” manifiesta que “el niño de edad inferior a los 7 años es, en múltiples aspectos, extremadamente limitado en cuando a su capacidad de pensar y razonar” (p. 43). Por lo tanto, si bien resulta imposible definir una edad exacta en donde un niño puede considerarse con capacidad para opinar razonadamente, porque como ya se vio anteriormente, no es lo mismo con todos los niños, sino depende de ciertos factores. Sería

pertinente considerar una edad orientativa y flexible, más no generalizadora, siempre con dependencia del caso en concreto.

Segundo, el entorno familiar hace referencia al lugar y las condiciones en las que los niños han vivido durante su vida, así como las experiencias personales en torno al ámbito familiar, puede ser, por ejemplo, que los niños permanentemente estuvieron bajo un conflicto familiar permanente o, por el contrario, puede darse el caso de que los niños siempre tuvieron una vida digna, llena de amor y respeto en su familia. Esto también incluye circunstancias educativas, sociales, familiares, etc. Es por ello que, hay que tomar en cuenta todas estas circunstancias para tomar una decisión que lleven a que los niños y niñas alcancen un desarrollo integral, que comprende una estabilidad física, psíquica, moral y demás.

Además, hay que tomar en consideración que, si se ventila un proceso de divorcio, en el que hay de por medio hijos menores de edad sobre los que también va a recaer las decisiones. Van a tener un impacto en su entorno familiar, por el hecho de tener que ajustarse a su nueva realidad, con uno u otro padre.

Tercero, sobre la predictibilidad, que no es más que lo que se explicó en párrafos anteriores, esto es, el acto de prever las posibles consecuencias de determinados actos y, en el presente caso, hace referencia a establecer los efectos que pueden darse a futuro antes de tomar una u otra decisión respecto de los hijos, eligiendo siempre, aquella que mejor ampare y asegure su buen futuro. Lo que se entiende como que, la persona que se encuentre representando al menor que, por lo general son sus padres, van a tomar la mejor decisión con visión al futuro, suponiendo que cuando el menor sea mayor de edad, éste considere que fue lo mejor. Ya que, por lo contrario, de tomar la decisión “equivocada” implica una repercusión en la vida adulta del menor.

Consecuentemente, el considerar y aplicar estos tres aspectos, hace que se garantice de mejor forma el interés superior del niño. Aspectos que, indiscutiblemente se deben considerar en los procesos judiciales donde se ventilen derechos de los niños y niñas, tales como el de la tenencia y la patria potestad.

#### **2.2.2.2 La preferencia materna y el interés superior del niño**

Con relación a la preferencia materna, la discusión de la Corte se basa en el supuesto de que la preferencia a uno de los progenitores implica una violación al principio

fundamental del niño, debido a que, el derecho de tenencia no es solamente un derecho que tienen los padres, sino también, de los hijos de pasar tiempo de calidad con ellos. y, por lo tanto, el otorgar de forma preferente la tenencia a uno de los padres implicaría un obstáculo para que los hijos puedan tener contacto con el progenitor que no se beneficia de esta situación. Y, además, el otorgar específicamente a la madre, no garantiza que el hijo este mejor cuidado de lo que estaría con el padre.

Sin embargo, hay que considerar que la naturaleza propia de lo que implica el divorcio de los padres, hace que exista un cambio en el entorno, tanto de los padres, como de los hijos. Por un lado, respecto de los padres, uno de ellos, generalmente, tendrá que abandonar el hogar y, consecuentemente, tendrá que vivir en otro lugar sin sus hijos de forma permanente como lo venía haciendo. Mientras que, para los hijos, el cambio que van a presentar es que ya no van a vivir con ambos progenitores, sino, con uno de ellos, esto como consecuencia de que el vínculo matrimonial entre los padres se ha disuelto.

Además, este obstáculo también subsistiría con la eliminación de la preferencia materna, debido a que, como se mencionó con anterioridad, después de un divorcio, uno de los padres tendrá la tenencia, entonces, sea este el padre o la madre, quién no goce de este derecho, estará limitado en la convivencia con sus hijos, por lo tanto, esto seguiría sucediendo con o sin la preferencia.

La psicóloga María Poema Carrión Sarzosa quién compareció como *amicus curiae* dentro de la acción de inconstitucionalidad, manifiesta que la eliminación de la preferencia materna no implica ningún aporte al principio del interés superior del niño. Debido a que, la propia norma de forma expresa manifestaba que la preferencia materna solo sería aplicada siempre que ésta no contrarie dicho principio fundamental, por lo tanto, de ninguna forma cabe la posibilidad de que este haya sido vulnerado, porque ya existía esta prohibición.

No obstante, en la motivación de la sentencia, siendo el principio del interés superior del niño, uno de los argumentos principales de la acción de inconstitucionalidad, se dedicó un espacio muy escaso en su análisis, y consecuentemente hubo poca profundidad en los temas más importantes, cuando dicho principio ameritaba una discusión a fondo, descuidando de esa forma un tema tan trascendental como son los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, hay que rescatar las recomendaciones que hace la Corte para precautelar el interés superior del niño, mencionando que es importante contar con informes técnicos elaborados por los equipos técnicos de cada unidad de familia dentro de los juzgados, informes que deberán ser eficientes y eficaces, para de esa forma, tener una sentencia motivada priorizando siempre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, hay que tomar en cuenta que la preferencia materna se aplicaba de carácter subsidiario, es decir, a falta de acuerdo entre los progenitores y siempre que no afecte el interés superior del niño. Por lo tanto, no cabe mencionar que éste vulneraba de alguna forma dicho principio fundamental, sino que, por el contrario, la preferencia reconoce y precautela que éste sea respetado y aplicado en los procesos judiciales.

### **2.2.3 Preservación de vínculos familiares**

La familia es la base de todas las sociedades y, por lo tanto, asume un papel importante para la formación y el desarrollo de las personas. Es así que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) define a la familia como “el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes” (art.96).

El mantenimiento de relaciones familiares es un derecho fundamental y primordial para garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Debido a la gran importancia que tiene la interacción de la familia en el entorno de los hijos, ya que éstos contribuyen en su aprendizaje personal, educativo y emotivo. Pues, la familia es la primera instancia donde el niño o niña va a aprender valores, principios y reglas que van a guiar su inserción en la sociedad.

Entre las principales funciones que tiene la familia, están el de garantizar el desarrollo de vínculos afectivos, brindar apoyo entre quienes la integran y formar desde un primer momento el desarrollo de los niños a nivel personal, social y educativo. Es por ello que, la familia, al ser el primer acercamiento que tienen los niños para establecer sus primeros vínculos afectivos y de aprendizaje, juega un papel sumamente importante y complejo en la crianza de los hijos.

La preferencia materna abarca una discusión de que, si ésta atenta contra el mantenimiento de vínculos familiares y de la preservación del vínculo familiar al otorgar

la tenencia de los hijos a la madre, dejando al padre limitado con las visitas de los hijos, situación que no solamente le perjudica a él, sino además a su familia ampliada; tales como los abuelos, primos, tíos y demás familia que tienen en común un vínculo de consanguinidad.

Para ello, es importante que los padres, quienes son los que mantienen contacto directo con los hijos y los responsables principales de mantener vínculos afectivos con los demás miembros que integran la familia, creen un ambiente familiar seguro, garantizando siempre relaciones sanas y nutritivas entre todos, para que, de esa forma, los niños y niñas crezcan en un entorno de confianza y seguridad.

Además, hay que considerar que las familias se encuentran en constantes cambios, como puede ser un divorcio, situación que amerita tomar acciones para poder adaptarse pues, a raíz de ello va a existir un cambio en el entorno familiar. No obstante, son los padres quienes están bajo mejores condiciones de mantener una relación y convivencia con los hijos, vivan o no bajo un mismo techo, para así garantizar un crecimiento y desarrollo pleno de los niños y niñas conjuntamente con el de su familia.

Por ello, la comunicación eficiente y adecuada entre padres y madres es indispensable para cumplir con las funciones que tiene la familia, así como mantener relaciones afectivas entre los miembros de ella. Por lo tanto, una buena comunicación entre los padres aportaría significativamente en el mantenimiento de estos vínculos; pues de lo contrario, mantener una mala comunicación entre los progenitores, afectaría en las demás relaciones familiares y primordialmente a los hijos.

Por lo tanto, sin el apoyo de los padres de forma conjunta, aún más después de un divorcio, se quebrantaría el principio fundamental que tienen los niños de mantener relaciones y vínculos con su familia.

### **2.3 Argumentos en contra de la inconstitucionalidad**

En este apartado se analizará el voto salvado presentado de forma conjunta por las juezas Teresa Nuques y Carmen Corral, quienes se encontraban en desacuerdo de que se elimine la preferencia materna de la legislación ecuatoriana. Sus fundamentos principalmente se basaron en el contexto social e histórico que viven las mujeres como madres y cuidadoras de sus hijos y la violencia de género, pues, la eliminación de esta preferencia podría implicar un medio para aumentar la vulnerabilidad de las mujeres.

Así mismo, manifiestan que el mantener la preferencia materna en la legislación implica una aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de las madres, así como de los niños, niñas y adolescentes, entendiendo a ésta como el conjunto de políticas y prácticas dirigidas a grupos que, históricamente han sido marginados o discriminados, para otorgarles una mayor representación y relevancia dentro de la sociedad. Y que, eliminar la preferencia materna, también implica eliminar estas medidas en pro de las madres y de sus hijos.

### **2.3.1 Contexto histórico y social**

La preferencia materna genera una distinción en razón del sexo, otorgándole a la madre por su condición de mujer la tenencia de los hijos, preferencia que se fundamenta en el contexto histórico y social en el que se ha vivido por largos años, en el cual las mujeres, en la mayoría de ocasiones son las que están a cargo del cuidado de los niños y niñas, mientras que el hombre es el que se dedica a proveer al hogar.

Tradicionalmente, la sociedad es quién ha determinado lo que se espera que haga el hombre, como la mujer, más esto no está determinado biológicamente. Según el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (INEC) de un total de 66 actividades que son destinadas para el hogar, 51 de ellas son realizadas con mayor regularidad por las mujeres (2019). Así mismo, según el INEC el trabajo no remunerado en general, es realizado por personas entre 30 y 44 años de edad y, de estos el 79,2% son mujeres y, solamente el 20,8% son hombres.

Esto se vuelve más complejo cuando en el hogar existen niños y niñas menores de 12 años, donde el trabajo no remunerado se intensifica para las mujeres con un 80,4% en comparación al hombre con un 19,6%. Datos que reflejan la realidad en la que se vive como sociedad, en la que las mujeres, por regla general, son quienes pasan más tiempo en el hogar, en las tareas que amerita el hogar, así como de la crianza y cuidado de los hijos y, como excepción, son los hombres como padres de familia quienes están a cargo de estas tareas.

Así mismo, la Asamblea Nacional en la presente acción de inconstitucionalidad alegó que la preferencia materna es necesaria, solicitando se ratifique su constitucionalidad, bajo el argumento de que por cuestiones sociales, culturales, biológicas la madre mantiene un lazo parental más fuerte, porque la madre es quien

concibe, alimenta a los niños y niñas, por consiguiente, existe un apego primario. Y que, el padre por más excelente que sea, no se le puede encomendar dichas actividades por encontrarse limitado por cuestiones biológicas.

Por lo tanto, el hecho de que las mujeres son quienes se encargan del cuidado de los hijos y de las tareas del hogar, es una realidad que debe ser considerada en temas tan trascendentales como en el momento de otorgar la tenencia de los hijos. Y, el eliminar la preferencia materna, no implica erradicar la concepción de la sociedad de que la madre es mejor cuidadora, ni tampoco asegura que las tareas del hogar y el cuidado de los hijos ya no sea exclusivo de las madres.

Una forma para eliminar estas brechas tan grandes, entre hombres y mujeres, sobre las tareas del hogar, cuidado de los hijos y, en general de los trabajos no remunerados, es potenciar las capacidades de las personas, sean estos hombre y mujeres, generando accesos de oportunidades igualitarios entre ellos. Y una vez alcanzado esto poder hablar de una igualdad entre hombres y mujeres, pero mientras estas brechas subsistan, la tenencia de los hijos debe considerar la realidad en la que viven las madres.

### **2.3.2 Violencia de género**

El término de violencia de género es utilizado por la Corte Constitucional en la mayoría de su sentencia, es así que, la acción de inconstitucionalidad en el que se pretendía analizar primordialmente si la preferencia materna afecta los intereses de los niños, el derecho a la corresponsabilidad parental y el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, se terminó por hacer una profundización en la violencia de género. Cambiando de alguna forma el objeto de controversia y, enfocando la problemática en un tema ajeno al principio del interés superior del niño.

No obstante, si bien el objeto de controversia no era la violencia de género, fue el principal fundamento del voto salvado presentado de forma conjunta por las juezas Teresa Nuques y Carmen Corral que conocieron la causa, alegando que, para analizar la inconstitucionalidad de la preferencia materna, es necesario conocer el contexto actual en que el viven las mujeres ecuatorianas.

La violencia de género o la violencia contra las mujeres, es una manifestación de las desigualdades que existen entre hombres y mujeres y configura una violación grave a

los derechos humanos. Ésta comprende cualquier conducta o acción que provoque daño o sufrimiento, sea físico, sexual, psicológico o económico en contra de las mujeres.

Es así que, conforme el Instituto Nacional Estadísticas y Censos (INEC) en los resultados de la encuesta nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres del año 2019, los resultados reflejaron que el 64,9% de mujeres han experimentado algún tipo de violencia a lo largo de su vida y, de las cuales el 56,9% pertenece a violencia psicológica, 35,4% a violencia física, 32,7% a violencia sexual y un 16,4% correspondiente a violencia patrimonial.

Dichos datos, según las juezas en su voto salvado, demuestran la realidad en la que viven las mujeres y que es la realidad que debe ser considerada por la Corte previo a analizar la inconstitucionalidad de la preferencia materna y, que es obligación del Estado atender estas necesidades urgentes tomando medidas al respecto. Para ello, el Estado mantiene obligaciones por hacer, para erradicar la violencia en contra de las mujeres, teniendo que tomar medidas que deben ser evaluadas y revisadas de forma permanente a fin de comprobar su eficacia en la lucha contra la violencia de género.

Sin embargo, hasta que eso no suceda, eliminar la preferencia materna de la legislación podría convertirse en un medio para aumentar estos índices tan alarmantes de violencia de género. Además, conforme al INEC, las mujeres que más han sido víctimas de algún tipo de violencia de acuerdo a su estado civil, son aquellas que se encuentran, separadas, viudas o divorciadas, en comparación con la mujer que se encuentra soltera.

Lo óptimo sería, como lo advierte el Dr. Rámiro Ávila (2021) en el voto concurrente dentro de la acción de inconstitucionalidad que, si la eliminación de la preferencia materna hace que el rol de la mujer no sea exclusivamente el de cuidado de los hijos, e impulse que los padres ejerzan también dicho rol, la sentencia ha logrado un gran avance para eliminar los estereotipos de género.

No obstante, los datos anteriormente citados y analizados en el voto salvado demuestran que, todavía hay un largo camino por erradicar la violencia dentro del hogar y, mientras eso este pendiente, el eliminar la preferencia materna, puede acarrear muchos efectos adversos de los que se pretendía. Implica entonces, un reto tanto de hombres como de mujeres, padres y madres, hacer que esta sentencia efectivamente transforme la sociedad para bien. ´

En la misma línea Cremades (2020) concurre que la violencia de género sigue siendo una problemática flagrante, y que, por más de que la sociedad quiera avanzar, no se puede pasar de alto este problema que coexiste entre nosotros.

### **2.3.3 Protección contra el litigio entre padres**

La vigencia de la preferencia materna implicaba que, en litigio, el padre tenga que demostrar que la madre no era buena ni ideal para encomendarle el cuidado de sus hijos, en caso de que quiera la tenencia de los hijos a su favor. Suponía que la prueba gire en torno a demostrar lo peor de la mujer como madre de familia, para llevar al convencimiento al juez de que los hijos estarían mejor bajo el cuidado del padre.

Lo que se busca con la eliminación de la preferencia, es que la prueba ya no tenga como objeto justificar todo lo malo del padre o madre, sino todo lo contrario, se pretende que lo que se tenga que probar es lo bueno de cada progenitor, independientemente de su sexo, siendo lo importante demostrar quién es más apto para encargarse en cuidado de los hijos, reflejando los puntos que beneficien a uno u otro progenitor, dejando de lado aquello que les pueda perjudicar.

Sin embargo, la ideal sería que, atendiendo al principio del interés superior del niño, que cuando exista controversia entre los progenitores, el juez busque espacios de conciliación, previo a someterse en una contienda legal, donde los más perjudicados resultan ser los niños, niñas y adolescentes. Las controversias que se dan en materia de familia, como lo son la tenencia y la patria potestad ameritan mayor observancia, puesto que, en la mayoría de los casos, involucran derechos de los niños, niñas y adolescentes, derechos que tienen un rango de prioridad.

Así mismo, se concurre que la preferencia materna, es decir, una presunción a favor de uno de los progenitores o, en otras palabras, una regla automática de otorgar el ejercicio de la tenencia de los hijos, incentivaría la conciliación entre los padres, generándose más espacios de acuerdo entre ellos pues, en caso de no llegar a un acuerdo, operaría una regla automática.

### **2.3.4 Crítica a la sentencia No. 28-15-IN**

Si bien la sentencia promueve que el padre asuma también el rol de cuidado de los hijos, y que éste no sea exclusivo de la madre, para que de esa forma se pueda precautelar

el principio del interés superior del niño. La motivación de la sentencia desvió el objeto de la controversia, cuando era necesario hacer una profundización más exhaustiva en temas como los derechos de los niños y la corresponsabilidad parental que es lo que se pretende promover, temas de los cuales hubo un escaso análisis y no se consideró de una forma integral.

El tema central de discusión de la Corte fue el de la violencia de género, dedicando un largo análisis al mismo, tema que a nuestra consideración es importante dentro de esta sentencia, debido a que, si bien la norma no debería ir en beneficio de las madres, sino en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, no se puede velar por el bienestar de los hijos, desatendiendo el bienestar de la madre que, por lo general, son sus cuidadoras. Consecuentemente, atendiendo a los datos anteriormente citados con respecto a los graves índices de violencia de género que existen en el país, en situaciones de violencia, no hay solamente afectación de las madres, sino que, con ella, existe también la afectación de los derechos de los hijos

También, a raíz de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna, se eliminaron las frases contenidas en el Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia numerales 2 y 4, específicamente las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el principio del interés superior del hijo o hija. Dejando un vacío normativo en dicho artículo pues, no hubo un análisis integral del mismo y solo se eliminaron las frases antes citadas.

Además, hay que considerar que la acción estaba dirigida a eliminar la preferencia materna en la patria potestad, cuando se terminó reformando las reglas relativas a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes que, si bien las mismas se refieren de forma subsidiaria, no eran parte el objeto de la controversia. De hecho, el análisis se hizo en razón a la tenencia, profundizando muy poco la institución de la patria potestad. Sin embargo, habría que analizar si la Corte se encuentra en un caso de declaración de inconstitucionalidad de normas por conexidad, atribución que la misma Constitución de la República otorga a la Corte Constitucional en su Artículo 436 numeral 3, en cual reconoce dicha atribución mencionando que la Corte puede “3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

Situación que es criticada dentro del voto salvado, argumentando que, estamos frente a una falta de argumentación de conexidad pues, sin ningún fundamento, la sentencia desarrolló un análisis expreso de las reglas de la tenencia y no las de la patria potestad. Por lo tanto, no existe ningún hilo argumentativo que justifique por qué la conexión entre las dos instituciones jurídicas, considerando que ambas se encuentran reguladas en artículos distintos

Por otro lado, hay que considerar que la preferencia materna no era de carácter imperativo, es decir, el juez no tenía la obligación de otorgarle la tenencia de los hijos a la madre en todos los casos, sino es el juez que, siempre que no contraríe los intereses de los niños, niñas y adolescentes, decide aplicar dicha preferencia. Ahora, con la eliminación de la preferencia, en casos en los que exista controversia, el juez tendrá que seguir otorgando la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, siempre el juez teniendo que atender a ciertos parámetros que da la Corte Constitucional. Se trataba más bien de una regla general y no de una obligación del juez, es por ello que ésta se debía aplicar cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo y bienestar de los hijos y a falta de acuerdo entre los progenitores.

## CAPÍTULO 3

### 3. IMPLICACIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

#### 3.1 Desafíos y obstáculos de la eliminación de la preferencia materna

La eliminación de la preferencia materna de nuestra legislación implica un reto tanto para hombres como para las mujeres, padres y madres de familia, así como para el derecho pues, si bien la Corte Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad da ciertas pautas para que la Defensoría Pública elabore un informe que contenga los nuevos parámetros para otorgar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes menores de 12 años, hasta el momento solo se tiene un Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia.

Sin embargo, dicho proyecto fue remitido en fecha 13 de marzo del 2022, el cual fue distribuido entre los asambleístas mediante memorando enviado por el presidente de la Asamblea Nacional. Posteriormente, el mismo fue aprobado calificado y remitido a la Comisión para que se puedan presentar las observaciones pertinentes. En la socialización del proyecto se presentaron varias observaciones, entre ellas se destacó la solicitud de archivo de dicho plan ya que, de alguna forma se considera que retrasa y entorpece la aprobación del Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (COPINNA), cuerpo legal que supone regular la tenencia respetando los preceptos y derechos recogidos en la Constitución.

Además, la Corte también dispuso a la Defensoría Pública, capacitar a los funcionarios judiciales que conozcan los diversos casos sobre niñez y adolescencia, para de esa forma, se les informe sobre el marco legal en razón a la lucha contra la violencia, así como de los estereotipos de género. También, se dispuso que se elabore un plan para informar a la ciudadanía sobre los servicios que la Defensoría Pública brinda en materia de niñez y adolescencia. Todo esto ha sido cumplido y plasmado por la Defensoría dentro del informe de actividades realizada por la Defensoría del Pueblo para el cumplimiento de la sentencia No. 28-15-IN/21 (inconstitucionalidad de la preferencia materna).

También, la Defensoría Pública elaboró y aprobó un plan denominado “Plan de capacitación para aplicación del enfoque de derechos humanos, género, intergeneracional

e interseccional en la administración de justicia” mismo que fue enviado a la Corte Constitucional para que de esa forma, ésta proceda a revisarla para posteriormente, poder aplicarlo. Este plan tiene como principal objetivo el educar de forma integral, mediante material teórico, normativo y práctico para la debida aplicación de derechos humanos en la administración de justicia para poder brindar una debida protección y garantía de una vida libre de violencia.

### **3.1.1 Impacto en la sociedad y en la familia**

Siendo que, como se analizó en el capítulo anterior, el Ecuador es un país que se encuentra sometido profundamente a tradiciones, normas culturales, estereotipos e imposiciones, la eliminación de la preferencia materna de forma repentina y abrupta puede generar resistencia en cuanto a la adaptación de la sociedad para generar nuevos modelos familiares y roles parentales. Consecuentemente, cambiar la concepción de la sociedad respecto al rol de la mujer es todavía un desafío para la sociedad, la familia y el Derecho, superar estas barreras y patrones culturales nos llevaría a la búsqueda de igualdad.

También, para cumplir el objetivo que se pretende con la eliminación de la preferencia materna que es que el padre comparta los mismos derechos y obligaciones con la madre respecto del cuidado y la crianza de los hijos, no basta únicamente con un cambio normativo, sino, además se requiere un trabajo en conjunto entre la sociedad, la organización cultural, el Estado, la educación y la sensibilización pública, y además, se debe contar con el esfuerzo para promover igualdad de género en todos los niveles y aspectos.

Así mismo, el promover e incentivar la corresponsabilidad parental es un trabajo en conjunto, de padres y madres, puesto que éste solo puede desarrollarse cuando ambos progenitores son considerados aptos para el ejercicio de la tenencia de los hijos, es así que, es importante y necesario el compromiso y la responsabilidad de los padres a mantener una convivencia pacífica para que, de esa forma, se puedan llegar a acuerdos respecto de los hijos.

Por el contrario, de no existir este acuerdo mutuo entre los padres, el niño, niña o adolescente tendrá que quedarse con uno de los progenitores que demuestre que puede brindar una mayor estabilidad. Para ello, como lo señala la sentencia 28-15-INI/21, es

importante que previo a encargar el cuidado de los hijos a uno de los progenitores, se debe realizar estudios enfocados a la estabilidad y bienestar de los niños, para que, de esa manera, el juez pueda tomar una decisión velando los intereses de los hijos, más no de los padres.

Para ello, es imperativo el acompañamiento institucional, como la ayuda de los equipos técnicos de las diferentes unidades judiciales, como son aquellos especializados en trabajo social, psicología y medicina, quiénes deberán brindar el acompañamiento en los procesos judiciales en los que se ventilen derechos de niños, niñas y adolescentes. Para que, de esa forma, se pueda contar con la ayuda pertinente, de personal especializado, de informes que van a orientar al juzgador a que su decisión sea motivada en un enfoque integral del bienestar de los menores.

Es importante alcanzar nuevas masculinidades para que los hombres visualicen y adopten nuevos roles respecto el cuidado de los hijos, y éste no sea exclusivo de las mujeres. De igual forma, esto va de la mano con las percepciones culturales, en las que, por lo general la sociedad tiene la idea de que los hombres no deben participar activamente en las tareas consideradas “femeninas”, como suele suceder con la crianza de los hijos.

Abordar estos desafíos van acompañados de los esfuerzos para empoderar a las mujeres, para generar una mayor autonomía, reconocimientos y visibilidad en sus aportaciones para que de esa forma, “las personas tomen conciencia de la situación en la cual viven y que, a partir que esa percepción sobre su contexto, puedan desarrollar su capacidad para cambiarlo, es decir, participen activamente en el proceso de transformación” (Orsini, 2012, p.953).

Por otro lado, otro presunto desafío es respecto al pago de pensiones alimenticias, siendo que la realidad social y dentro de las familias es que las mujeres son quienes se encargan de los que haceres domésticos y del cuidado y crianza de los hijos, los hombres son a quienes les correspondía la obligación del pago de pensiones alimenticias a favor de sus hijos.

No obstante, según datos del Consejo de la Judicatura en el boletín de prensa 121, solamente en un periodo que comprende desde el 15 hasta el 21 de mayo del año 2023, se han emitido 1205 boletas de apremio en razón a deudas de pensiones alimenticias a nivel nacional, dichas estadísticas alarmantes comprenden un período de tan solo una

semana. Por lo tanto, se concluye que miles de padres se encuentran en mora en los pagos de pensiones alimenticias, situación que violenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como del progenitor que se encuentra a cargo del cuidado de los hijos que, en su mayoría son las madres.

En la misma línea, este tipo de situaciones se denomina o se la conoce como un tipo de violencia económica, esto se da cuando las mujeres dependen y se encuentran subordinadas a que su cónyuge o conviviente les suministren los recursos económicos para que puedan subsistir sus hijos y, en general el hogar; pero que, por ejemplo, de producirse una separación o un divorcio, según sea el caso, éste deje de proveer los recursos necesarios para el sustento familiar. Lo mismo sucede con el retraso en el pago de pensiones alimenticias.

Así mismo, tomando la misma realidad que viven la mayoría de madres, y sobre todo aquellas que carecen de recursos económicos independientes al de su cónyuge o conviviente, éstas se encuentran en una situación de inestabilidad y, por ende, violenta los derechos de los hijos al no poder darles una vida estable y digna.

Además, cuando se produce una separación entre los padres, y durante la relación existió esta condición de subordinación de la madre respecto del padre, cabe la posibilidad de que esto se preste otro tipo de violencia, la denominada “violencia vicaria”, entendiendo a ésta como “aquella que se ejerce sobre los hijos para dañar a la mujer” (Porter y López, 2022)

En este tipo de violencia se da cuando el agresor, ya no puede acceder a la mujer, por ejemplo, por una separación y, utiliza de alguna forma a un tercero que resulte con algún valor significativo para la mujer que, por lo general, son los hijos, para llegar a ella. En este caso, los padres (hombres) vendrían a ser los agresores, quienes están conscientes que la forma más fácil de dañar a una madre es rompiendo los lazos que la unen con sus hijos o, a su vez, dañándolos a ellos directamente.

Esto también se presta como una forma de chantaje para las madres pues, por ejemplo, en una entrevista realizada por el Diario La Hora a Victoria de ese entonces 25 años de edad, quién manifestaba que era víctima de violencia vicaria ejercida por el padre de sus hijos, ella manifestaba que en varias ocasiones su ex conviviente amenazaba con matar a sus pequeños hijos y luego de hacerlo, la mataría a ella, diciéndole que todo es porque lo abandonó. Así mismo, en la entrevista contó que producto de los golpes que le

daba, pasó en el hospital durante dos días. En la actualidad, se encuentran separados y ha iniciado un proceso de alimentos en contra del progenitor de sus hijos que es a la vez su agresor, quién al enterarse, la amenazó diciendo que, si no le quita el juicio, desaparecerá a sus hijos (2023).

En este tipo de situaciones prima la intimidación y el chantaje hacía las madres, es por eso que, el eliminar la preferencia materna, provocaría un estado de inseguridad de las mujeres que viven estas situaciones día a día pues, al existir una regla general para encomendar el cuidado y la tenencia de los hijos, las madres podían tener la certeza de que, en caso de separarse de sus parejas o, de iniciar un proceso de alimentos, las leyes las protegen y amparan, ya que a pesar de las amenazas de sus parejas, se les iba a otorgar la tenencia de sus hijos.

Esta situación cambia sin la preferencia materna pues, ahora, una madre que desee separarse de su pareja o demandarlo para exigir el derecho que les corresponde a sus hijos de alimentos, tendrá que hacerlo bajo el miedo de que utilicen a sus hijos, mediante amenazas de que ahora, los padres podrán “quitarle” sus hijos a sus madres o, a su vez, amenazarlas como sucedió con Victoria, diciéndoles que “si no quitas la demanda de pensiones alimenticias, desapareceré a tus hijos”.

Esto se vuelve un reto para el derecho de familia, la sociedad y para el Estado, el prevenir que estos hechos acontezcan y que no se produzcan resultados desgarradores es un deber en conjunto, por un lado, es importante siempre que las relaciones familiares sean llevadas de forma pacífica, estable y segura para todos los que la integran, así los hijos crecerán en un entorno sano y seguro; esta protección también incluye a las personas que los rodean y, en general de la sociedad. Por último, es deber del Estado actuar inmediatamente ante estas situaciones de emergencia, brindando medidas que precautelen la seguridad de las madres con sus hijos y que éstas sean rápidas, eficaces y eficientes, así con la cooperación en conjunto, los niños, niñas y adolescentes podrán ejercer sus derechos de forma plena.

### **3.1.2 Mayor conflicto y litigio prolongado**

El hecho de que ahora no exista una regla general para que el juez pueda otorgar la tenencia de los hijos cuando no ha existido acuerdo entre los progenitores, implica que éstos tendrán, en juicio, demostrar quién de los dos es más apto o idóneo para que el juez

encargue el cuidado de los hijos. Lo que provocaría juicios y enfrentamientos entre los padres, en las que ambos desean beneficiarse de este derecho para con sus hijos, juicios que, por lo general, suelen ser largos, desgastantes y que conlleva un estado de expectativa del resultado que acarree el juicio.

En la misma línea, Rodríguez (2009) menciona que existe una mayor cantidad de casos que son llevados ante los tribunales cuando no existe una regla de atribución de la tenencia de los hijos o, en otras palabras, una presunción a favor de uno u otro progenitor, como sucedía con la preferencia materna, ya que las dos partes tendrían la posibilidad de obtener la tenencia y el cuidado de los hijos.

Así mismo, las consecuencias de estos juicios, pueden generar un desgaste no solo para los padres quiénes se encuentran en conflicto entre ellos, sino también para sus hijos, generando un impacto emocional significativo, siendo los primeros afectados por la tensión entre los padres, ya que la afectación emocional de los hijos, contribuye a desórdenes conductuales y estados depresivos que transgreden el normal desarrollo en la vida de los hijos, así como en su bienestar (Brito y Arizaga, 2019).

Consecuentemente, se podría generar un deterioro de la relación entre padres e hijos, pues, muchos niños consideran la ruptura de la relación sentimental de los padres, como una riña, en la que, por lo general, los hijos toman bando por uno o por otro y, por más esfuerzos que realicen los padres para evitar este suceso, éste suele ser inevitable. Por lo tanto, al momento que toman partido por uno o por otro, los hijos se sienten más protegidos por el padre por el que decidieron “tomar partido”, pero a su vez, existe el sentimiento de traición por el otro (Wallerstein, 1989, como se citó en Bolaños, 2002).

Esta situación empeora cuando la separación de los padres es sometida a procesos judiciales pues, los niños son quienes están en la mitad de estos conflictos y, los principales afectados que, por lo general, sentirán el impulso de apoyar al uno o al otro. Esto se debe a que, previo a un divorcio, es imperativo que la situación de los hijos menores de edad este resuelta, es decir, la situación socioeconómica, la tenencia y el régimen de visitas, una vez resuelta estas tres situaciones, procederá el divorcio de ser necesario. En este tipo de procesos, cuando los progenitores tienen intereses contrapuestos, y no es posible llegar a un acuerdo, se vuelven extensos, generando una situación de incertidumbre e inestabilidad en la vida de los hijos, quiénes se encuentran en la expectativa de que va a suceder en su vida y entorno.

Por otro lado, los procesos en los que se pretende resolver la situación de los hijos, específicamente sobre la tenencia, entendiéndola a ésta como un derecho que tienen los padres de convivir, criar y velar por el bienestar de los hijos y, a su vez, de los hijos de pasar tiempo y convivir con sus padres de forma tranquila y estable. El padre y la madre, después de una separación, en la mayoría de los casos, querrán beneficiarse de este derecho al mismo tiempo, no obstante, por la carencia de una institución jurídica dentro del sistema legal ecuatoriano que abarque una tenencia compartida, es imperativo que ésta sea solo ejercida por uno de los dos progenitores, haciendo que sea necesario que, en audiencia ambos deban demostrar quién es más apto para que el juez otorgue este derecho de tenencia.

Lo óptimo sería que, el padre o la madre, demuestre en juicio lo más destacable de cada uno, para que, de esa forma, la prueba gire en torno a aspectos positivos de cada progenitor. No obstante, al estar sometidos a un conflicto, en donde ambos quieren salir beneficiados, se deteriora la relación de armonía, generándose una especie de campo de batalla, en el cual, cada uno, inconscientemente en algunos casos, tiende a querer demostrar que el otro progenitor no es apto o idóneo para que se le conceda el ejercicio de la tenencia de los hijos; pero esto se suele tergiversar en destacar todo lo malo, para que de esa forma se desvirtúe al otro, llegando incluso a ataques extremos e impertinentes, esto para darle al juez una imagen de “irresponsable, malo, descuidado, etc.” de uno de ellos.

Por último, siendo que después de evacuarse la debida audiencia en la que se resuelva la situación de los hijos, y en resolución se conceda a uno de los progenitores la tenencia de los hijos y, al otro un régimen de visitas, resulta un desafío para los padres que, después de un arduo proceso judicial, se pueda mantener relaciones de cordialidad y cooperación efectiva entre ellos. Haciendo que también, el ejercicio de la tenencia y del régimen de visitas se entorpezca.

### **3.1.3 Impacto en el interés superior del niño**

Con la eliminación de la preferencia materna se busca promover primordialmente la corresponsabilidad parental que, generalmente se considera beneficiosa para el interés superior de los niños, niñas y adolescentes pues, involucra la participación activa de ambos progenitores en la crianza y cuidado; no obstante, en algunos casos, se pueden producir efectos adversos a los deseados en cuanto al bienestar de los hijos, especialmente

cuando los padres después de una situación de divorcio, mantienen una relación de conflicto constante.

Cuando los hijos perciben todas las discusiones de los padres, suele generar una serie de consecuencias negativas para ellos, principalmente se puede dar paso a problemas emocionales, tales como ansiedad, depresión, confusión e ira. Esto debido a la inestabilidad que generan estos conflictos, más aún cuando los padres ponen de por medio a los hijos, es así que Barrio (2012) sostiene que los niños de padres divorciados, generalmente experimentan sentimientos de tristeza, miedos, y de inseguridad; a esto se le suman los sentimientos de vulnerabilidad, siendo los niños el blanco de constantes críticas.

También, esto va de la mano con las dificultades en las relaciones interpersonales, pues, el estar sometidos en conflictos constantes, generaría un entorno de inseguridad e incertidumbre, reflejándose en miedo en confiar en las demás personas o, a su vez, miedo en demostrar sus propias emociones, ocasionando una situación de aislamiento respecto de las personas que los rodean.

Otro problema común que podría llegar a suscitarse es respecto al entorno académico, los niños que absorben los problemas de los padres pueden llegar a distraerse en sus actividades diarias, tales como las escolares. Generando un mal rendimiento académico y por ende un futuro poco comprometedor.

Todos estos acontecimientos pueden tener, además, una repercusión a largo plazo, influyendo negativamente en el futuro de los hijos y comprometiendo, por lo tanto, los derechos de los niños y niñas. Sin embargo, no todas las separaciones de los padres necesariamente deben tener estas consecuencias, sino influye en gran mayoría en como los padres sobrelleven la separación. La comunicación y cooperación entre padres es indispensable para evitar desastrosas consecuencias en la vida de los hijos, para de esa forma, se pueda garantizar un futuro óptimo.

## **CONCLUSIONES**

La acción de inconstitucionalidad de la preferencia materna, en principio, busca eliminar las reglas de la patria potestad, entendiendo a esta institución jurídica no solo como el conjunto de derechos, sino además de obligaciones que tienen los padres respecto a sus hijos y los bienes de éstos. No obstante, la acción de inconstitucionalidad tomó un

cambio trascendental al modificar las reglas de la tenencia que, en el derecho de familia, se entiende como la convivencia de los padres con sus hijos, lo que se traduce en el vivir bajo un mismo techo. Dos instituciones que dependen la una de la otra, pero diferentes entre ellas.

El fundamento de la citada acción de inconstitucionalidad es que las normas que regulan la patria potestad son contradictorias ya que éstas contemplan una preferencia a favor de la madre en cuanto al cuidado de los hijos y por lo tanto, se violentan derechos fundamentales tales como, el derecho a la igualdad, el derecho de no discriminación, el de la corresponsabilidad parental y el principio de intereses superior del niño, que debe ser entendido y aplicado como principio rector en todos aquellos asuntos que traten sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Corte Constitucional consideró la situación de vulnerabilidad que viven varias mujeres, si no es que la mayoría, en un marco de violencia de género; sin embargo, siendo que la acción gira en torno a la protección de los niños, niñas y adolescentes, se debe priorizar sus derechos y no el de los padres. No obstante, dentro del presente trabajo se considera que no se puede dejar de lado el problema de la violencia de género, así como el de la violencia “vicaria” que viven las madres, ya que por tradición y, con respaldo en las estadísticas, las madres son quienes, en la mayoría de casos, se encargan del cuidado de los hijos quienes, colateralmente pueden ser afectados por dicha problemática.

También, a pesar de que la acción de inconstitucionalidad gira en torno a las reglas de la patria potestad, se terminaron modificando las reglas respecto a la tenencia. Por otro lado, el eliminar la preferencia materna implica varios obstáculos para la sociedad, la familia y para el Derecho. Es así que, se hace un llamado a los padres a que, después de una separación, cuando hay hijos de por medio, es indispensable que se mantengan lazos de comunicación y respeto entre los integrantes de familia, esto para facilitar la permanencia de lazos familiares y para precautelar el bienestar de los niños y adolescentes y sobrellevar todos los desafíos previstos.

Así mismo, es deber del Estado promover la corresponsabilidad parental y el de los padres aplicarlo pues, el divorcio no impide que ambos progenitores ejerzan sus derechos y cumplan con sus obligaciones para con sus hijos, por ende, no existe causa ni justificación alguna para desatender los mismos.

De igual forma, siendo que los jueces, en el día a día conocen y resuelven casos en los que se ventilan derechos de niños y adolescentes, es indispensable contar con un equipo técnico adecuado para precautelar sus derechos, así mismo, se hace un llamado para que los jueces sean los principales promotores de la conciliación y acuerdos evitar que los padres se sometan a contiendas legales desgastantes tanto para los progenitores como para los hijos y, en caso de que esto sea inevitable contar con las herramientas, conocimiento y especialidad necesaria para garantizar el bienestar de los niños, así como para precautelar sus derechos.

## REFERENCIAS

- Abajo-Llama, S., Bermant, C., Cuadrada-Majó, C., Galaman, C., & Soto-Bermant, L. (2016). Ser madre hoy: abordaje multidisciplinar de la maternidad desde una perspectiva de género. *MUSAS. Revista de Investigación en Mujer, Salud y Sociedad*, 1(2), 20-34.
- Acosta, A. B. P. (2023). Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(2), 5423-5439.
- ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. (2013). EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), 21-59. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño [Cod 1251 de 2015]. (25 de noviembre del 2015). RO. 153 de 21 de marzo de 1990.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. [Cod 1238 de 1979]. (27 de octubre de 1981). RO. 153 de 21 de noviembre del 2005. Asamblea Nacional. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [Ley 100 de 2003]. (03 de enero del 2003). RO. 737 de 29 de julio del 2019.
- Barrio, M. (2012). *Emociones infantiles, evolución, evaluación y prevención*. Madrid: Pirámide.
- Briones, M. A. (2022). ¿ Preferencia materna para la tenencia de los hijos? Búsqueda de la igualdad de género en el Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(2), 2085-2113.
- Brito, J. S., & Arízaga, L. B. (2019). Cuando los padres se divorcian: ¿Cómo afecta emocionalmente a los hijos en edad infantil?. *Espiraes revista multidisciplinaria de investigación científica*, 3(28).
- Cartujo, J. I. B. (2002). El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2(3), 25-45.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2014).
- Constitución de la Republica del Ecuador. (2008).
- Corte Constitucional del Ecuador (24 de noviembre de 2021). Sentencia No. 28-15-IN/21. [MP Enrique Herrería Bonnet].
- Cremades, I. A. (2020). Reseña del libro de María del Carmen Peral" Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos". *RECERCA. Revista De Pensament I Anàlisi*, 25(1), 165-168.
- Delgado, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad. *Espiraes revista multidisciplinaria de investigación*, 2(19), 30-39.
- Diario la Hora (2023). Violencia vicaria, más presente de lo que se cree. Recuperado de <https://www.lahora.com.ec/tungurahua/violencia-vicaria-mas-presente-de-lo-que-se-cree/>

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2010): "Cuidado personal de los hijos: ¿Deber compartido?", Publicado el 15 de diciembre de 2010 en <http://www.centrodelafamilia.uc.cl/>
- Donaldson, M. (1997). *La mente de los niños*. Ediciones Morata.
- Ferrajoli, L. (2020). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta.
- Huerta Guerrero, L. A. (2005). El derecho a la igualdad.
- INEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos). (2019). Encuesta Nacional Sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género Contra las Mujeres (ENVIGMU). *Quito, Ecuador*.
- Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (10), 9-37.
- Latorre, S. (2017). El derecho a la Igualdad, conceptos y percepción en Chile. Centro de democracia y comunidad.
- Llanos, B. A. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, (32), 191-197.
- Macía, O., Mensalvas, J., & Torralba, R. (2008). Roles de género y estereotipos. Fundación Esplai.
- Mujeres, O. N. U. (2015). La igualdad de género. *ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres*.
- Orsini, M. (2012). El concepto de empoderamiento en los estudios de género y en la prensa femenina. In *Libro de Actas del I Congreso Internacional de Comunicación y Género. Sevilla, 5, 6 y 7 de Marzo de 2012. Dir. Juan Carlos Suárez Villegas; comité organizador Irene Liberia Vayá y Belén Zurbano Berenguer (pp. 951-971). Sevilla: Facultad de Comunicación. Universidad de Sevilla*. Facultad de Comunicación. Universidad de Sevilla.
- Porter, B., & López-Angulo, Y. (2022). Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: un estudio descriptivo en Iberoamérica. *CienciAmérica*, 11(1), 11-11.
- Rodríguez Pinto, María Sara. (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista chilena de derecho*, 36(3), 545-586. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000300005>
- Rossi, R. J. (2012). Patria potestad. *Anuario De Derecho Civil*, (2), 119–128. Recuperado a partir de <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/902>
- Salcedo, E. D. R. R., Sánchez, N. N. C., Durán, J. A. A., Vinana, J. A. M., & Maisa, A. S. V. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 14(S1), 202-209.
- Sosa Salazar, Edinson Guillermo, Campoverde Nivicela, Luis Johao, & Sánchez Cuenca, Melina Estefanía. (2019). Los principios de titularidad, exigibilidad e igualdad y no discriminación como principios de aplicación de los derechos en el estado ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(5), 428-436. Epub 02 de diciembre de 2019. Recuperado en 26 de diciembre de 2023, de

[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202019000500428&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000500428&lng=es&tlng=es).

Zepeda, J. R. (2005). Definición y concepto de la no discriminación. *El cotidiano*, (134), 23-29.