

09

EPISTEME & PRAXIS | Revista Científica Multidisciplinaria | 2960-8341

EL DERECHO

A LA TENENCIA DE HIJOS Y LA DESIGUALDAD DE GENERO EN EL ECUADOR

THE RIGHT TO CHILD CUSTODY AND GENDER INEQUALITY IN ECUADOR

Libertad Machado-López¹

E-mail: lmachado@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6448-5321>

Mariuxi Paola Cedeño-Floril¹

E-mail: mcedeno@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2005-7680>

Brithany Brigitte González-Aguilar¹

E-mail: brithaga01@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3298-1948>

José Luis Castillo-Moreno¹

E-mail: jose_19luis@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3902-9174>

¹ Universidad Metropolitana. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Machado-López, L., Cedeño-Floril, M. P., González-Aguilar, B. B., & Castillo-Moreno, J. L. (2024). El derecho a la tenencia de hijos y la desigualdad de género en el Ecuador. *Revista Episteme & Praxis*, 2(2), 73-82.

Fecha de presentación: enero, 2024

Fecha de aceptación: marzo, 2024

Fecha de publicación: mayo, 2024

RESUMEN

El derecho a la tenencia de hijos se refiere al derecho de los padres a tener la custodia y cuidado de sus hijos. En Ecuador, este derecho está reconocido y protegido tanto en la Constitución Nacional como en leyes específicas, en donde se establece que tanto la madre como el padre tienen los mismos derechos y responsabilidades en relación con sus hijos. Además, se reconoce el principio de igualdad entre hombres y mujeres, lo que implica que ambos progenitores tienen el mismo derecho. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento legal, persisten desigualdades y estereotipos de género. Existen casos en los que se han perpetuado patrones de violencia de género en el contexto de la tenencia de hijos, utilizando la custodia como una herramienta de control o como forma de ejercer violencia, generando situaciones de desigualdad y vulnerabilidad. Para abordar estas problemáticas, es necesario promover una mayor igualdad de género, cambiando roles y estereotipos de género ya establecidos, fomentando la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, brindar apoyo y recursos a los padres y madres para ejercer plenamente su derecho a la tenencia, y garantizar la protección de las mujeres y los niños frente a la violencia de género.

Palabras clave:

Hijos, padres, derecho, responsabilidad, estereotipo, desigualdad.

ABSTRACT

The right to custody of children refers to the right of parents to have custody and care of their children. In Ecuador, this right is recognized and protected both in the National Constitution and in specific laws, where it is established that both the mother and the father have the same rights and responsibilities in relation to their children. In addition, the principle of equality between men and women is recognized, which implies that both parents have the same right. However, despite this legal recognition, gender inequalities and stereotypes persist. There are cases in which patterns of gender violence have been perpetuated in the context of child custody, using custody as a tool of control or as a way of exercising violence, generating situations of inequality and vulnerability. To address these problems, it is necessary to promote greater gender equality, changing established gender roles and stereotypes, promoting co-responsibility in the care of children, providing support and resources to fathers and mothers to fully exercise their right to custody, and ensuring the protection of women and children from gender-based violence.

Keywords:

Children, fathers, right, responsibility, stereotype, inequality, inequality.

INTRODUCCIÓN

En el mundo, se conoce que tanto hombres como mujeres mantienen una protección igual frente a las diferentes leyes de un estado o país, es decir, se establece que tanto los derechos como las libertades deben ser iguales, esto para proteger y salvaguardar los derechos humanos de cada uno, sin embargo, a pesar de esto, dentro del sistema legal del Ecuador, existe una brecha en el momento de aplicar el principio de igualdad en cuanto a la tenencia de los hijos, es decir, a lo largo de la historia se ha visto de cierta manera, una inclinación hacia la madre para la tenencia de los hijos, a pesar de que en algunos casos haya una igualdad de condiciones para ambos padres, esto acompañado de los diferentes prejuicios y estereotipos que se mantienen en cuanto al género y al rol de cada uno de los padres (Briones, 2022).

El derecho a la tenencia de hijos es un tema fundamental en el ámbito legal y social, pues busca garantizar que tanto la madre como el padre tengan la posibilidad de ejercer la custodia y el cuidado de sus hijos de manera equitativa. En el contexto del Ecuador, este derecho está reconocido y protegido por la Constitución y otras leyes pertinentes. A pesar de estas disposiciones legales, persisten desigualdades de género que afectan la plena realización de este derecho en la sociedad ecuatoriana.

Tales desigualdades se manifiestan en la asignación desigual de roles y responsabilidades, así como en casos de violencia de género relacionada con la tenencia de hijos. En este sentido, es fundamental analizar y abordar estas problemáticas para promover la igualdad de género y garantizar que tanto hombres como mujeres puedan ejercer plenamente su derecho a la tenencia de sus hijos en condiciones justas y equitativas (Novales, 2022).

La igualdad de género y los derechos de los padres en relación con la tenencia de hijos constituye un tema relevante y objeto de preocupación en la sociedad ecuatoriana. El derecho a la tenencia de hijos se refiere al derecho de los padres a tener la custodia y cuidado de sus hijos, y su reconocimiento y protección son fundamentales para garantizar una sociedad justa y equitativa.

En el Ecuador, la Constitución establece principios que promueven la igualdad de género y reconocen la responsabilidad compartida de los padres en relación con sus hijos. Sin embargo, a pesar de estas disposiciones legales, persisten desigualdades de género en la práctica, lo que puede dificultar el pleno ejercicio de este derecho. Los estereotipos de género arraigados en la sociedad ecuatoriana suelen asignar roles específicos a hombres y mujeres, perpetuando la desigualdad y limitando las opciones y oportunidades de ambos géneros. Si bien es cierto que el principio de que todos los seres humanos son iguales es política, estructural y socialmente dominante, solo que cuando se requiere su aplicación en casos específicos

como la tenencia de un menor, el alcance e implicaciones se debilita. (Bermeo & Pauta, 2020).

Esta desigualdad de género también puede manifestarse en situaciones de violencia doméstica y de género. Algunos hombres utilizan la custodia de los hijos como una herramienta de control o como una forma de ejercer violencia hacia las mujeres, lo que genera situaciones de vulnerabilidad y desigualdad, no solo para las figuras paternas, sino también para los hijos, quienes son vulnerados sus derechos y viven en un entorno violento.

Para abordar estas problemáticas de una manera efectiva, es necesario promover una mayor igualdad de género y garantizar el pleno respeto de los derechos de los padres en relación con la tenencia de hijos. Esto implica desafiar los estereotipos de género, fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, brindar apoyo y recursos a los padres y madres, y tomar medidas efectivas para prevenir y abordar la violencia de género, que puede suscitarse frente a un conflicto matrimonial que genere la solución a un problema jurídico tan sensible como es determinar la tenencia de los hijos, máxime si se tiene en cuenta el principio insoslayable del interés superior del menor.

La sociedad ecuatoriana ha experimentado importantes cambios en las últimas décadas en relación con el concepto de familia y los roles de género. Sin embargo, a pesar de los avances legales y sociales, persisten desafíos significativos en cuanto a la igualdad de género y el ejercicio pleno del derecho a la tenencia de hijos en el Ecuador. El derecho a la tenencia de hijos presupone el reconocimiento y protección de los derechos y responsabilidades de los padres en relación con sus hijos. En el contexto ecuatoriano, este derecho está respaldado por la Constitución de la República y las normas internas que buscan garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

No obstante, la realidad muestra que aun subsisten desigualdades de género que dificultan el pleno ejercicio de este derecho. Las mujeres continúan asumiendo la mayor carga en cuanto al cuidado de los hijos, con lo cual se limita el ejercicio de este derecho por parte de los hombres y se abre un abismo de desigualdad. Los roles de género estereotipados han contribuido a perpetuar la desigualdad en la toma de decisiones y en la distribución de responsabilidades familiares. En la práctica se han conocido casos en que los hombres han utilizado la disputa por la custodia de los hijos para ejercer su poder sobre las mujeres, constituyendo estas acciones violencia de género.

En este contexto, es fundamental abordar de manera integral las desigualdades de género y promover una cultura de igualdad en el Ecuador. Esto implica la revisión y modificación de estereotipos de género arraigados, así como la implementación de políticas y medidas que fomenten

la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y garantizan la protección de los derechos de todos los miembros de la familia.

DESARROLLO

El desarrollo histórico legislativo a nivel mundial ha propendido regular en la medida de lo posible todas o la gran mayoría de asuntos en los que se desenvuelve la vida del ser humano. Si bien los historiadores del Derecho convergen en que las ramas jurídicas primigenias tenían como objeto principal la protección de los patrimonios personales y la regulación del comercio, el paso del tiempo evidenciaría una inclinación del desarrollo legislativo hacia cuestiones extrapatrimoniales encaminadas a la protección de la vida y la integridad humana.

El surgimiento del Derecho de Familia no fue sino una necesaria consecuencia de proteger a los miembros más vulnerables del núcleo familiar contra situaciones que pudiesen poner en peligro su integridad. Las diversas instituciones del Derecho de Familia tienen como objetivo establecer el marco de acción referente a los derechos y deberes de los padres sobre sus hijos.

Una de las instituciones primordiales del Derecho de Familia es la patria potestad, la cual es una institución jurídica que, a breves rasgos, se la puede definir como la institucionalización jurídica del deber moral y humano de los padres de garantizar el ejercicio de los derechos genéricos y específicos de sus hijos, es decir, de aquellos derechos que tienen su origen en su condición de personas y de los otros, que están directamente relacionados al desarrollo oportuno e irreversible de su máximo potencial (Murillo & Vázquez, 2020).

Los hombres y las mujeres son iguales ante la ley, tienen los mismos derechos y libertades, sin embargo, aún existen leyes que se resisten a cambiar, como es el caso de la tenencia legal de los hijos menores de doce años, que, sin duda alguna, en la gran mayoría de los casos se le otorga a la madre, aun incluso cuando ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones frente a las necesidades de los niños, demostrando así preferencia materna. Son muchos los padres que se encuentran en esta situación.

Saben, que de no llegar a un mutuo acuerdo en casos de separación, presentarse ante un juez supone, por regla general a los padres, perder siempre la tenencia de los hijos, incluso en casos en que los niños y niñas menores de 12 años manifiestan su deseo de vivir con el padre. Los padres están sujetos a recibir un cruel y mezquino régimen de visitas, lo que deja a los niños prácticamente semi huérfanos, imposibilitando de una u otra forma involucrarse directamente con su progenitor, en lo que, a su crianza, educación, salud, tienen que ver (Cabascango, 2017).

Es común y frecuente que después de terminar una relación matrimonial, se desencadene inconvenientes por la separación de los padres de hijos menores de edad, teniendo una preferencia habitual la madre quien se encarga del cuidado, posterior a una ruptura con la pareja. 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.

El principio del que todos los seres humanos son iguales es política, estructural y socialmente dominante, pero cuando se requiere aplicarlo en casos específicos como la tenencia de un menor el alcance e implicaciones se debilita. Al analizar las conceptualizaciones que surgen de caracterizar dos corrientes, la una vinculada a la igualdad jurídica cercana al pensamiento liberal, que se torna insuficiente frente a situaciones estructurales de discriminación, y la segunda relacionada a la igualdad formal consiste en la igualdad ante la ley, que todas las personas pertenecen a una misma categoría y por ende deben ser tratados de semejante forma (Bermeo & Pauta, 2020).

Varias son las instituciones jurídicas que se entrelazan en las regulaciones referidas a la tenencia de los hijos en correspondencia con los principios que informan el derecho civil y de familia, las cuales es preciso considerar desde la doctrina, la norma constitucional e infraconstitucional y el derecho internacional, porque presuponen causa y consecuencia en el pleno ejercicio del derecho a la igualdad en la custodia de los menores, por lo que es relevante abordarlas.

Es importante mencionar al matrimonio para establecer la importancia que tiene dentro de la sociedad como punto de partida de varios actos jurídicos posteriores y su dimensión en cuanto a la tenencia y patria potestad de los hijos. El matrimonio es la unión voluntaria legal celebrada entre dos personas, con plenitud e igualdad de derechos, que se comprometen a ayudarse mutuamente, por lo mismo viene hacer un acto solemne que tiene varios objetivos como son procrear y auxiliarse. El matrimonio unitario e indisoluble crea el clima más propio para el equilibrio moral de los individuos, fomenta la paz entre las personas y las familias, asegura la buena educación de los hijos (Paz, 2020).

La patria potestad, es una figura jurídica que se encuentra regulada y consagrada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y de manera bastante general se refiere a la representación y a la administración integral de los hijos menores de edad por el simple hecho de ser el padre o la madre, sin embargo cabe recalcar que esta patria potestad no necesariamente puede estar en manos de los dos padres ya que si se presentara el caso, y concurriendo los requisitos legales establecidos dentro de

nuestra legislación esta puede ser suspendida o retirada de manera definitiva.

El régimen de visitas es otra figura jurídica que debe ser estudiada y conceptualizada ya que este es un requisito que se fija posterior a la tenencia para de esta manera precautelar los derechos del menor y mantener los vínculos entre los padres e hijos; según el tratadista Guillermo Cabanellas, el régimen de visitas puede ser entendido como acto de ir a ver a alguien en su casa, o en lugar donde permanece o se encuentra por razón de trabajo u otra causa (Silva & Márquez, 2022).

La ley Suprema de la República de Ecuador en sus preceptos ofrece garantías y mandatos respecto a la igualdad a la familia y a los derechos de niños niñas y adolescentes considerando respecto a la familia, en el artículo 67 que se constituirán por vínculos jurídicos basados en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes y en los artículos 44 y 45 de la propia Ley, en cuanto a la obligación del Estado la sociedad y la familia de garantizar el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como a tener familia y disfrutarla (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En especial la tenencia que es la institución que se evalúa se encuentra regulada de la normativa específica sobre los menores de edad y en tal sentido en su Artículo 118, establece los elementos de la procedencia de su aplicación. Expresa que cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia para el menor, dispuesto así en el Código de la Niñez y Adolescencia (Ecuador. Asamblea Nacional, 2003).

En este acápite, se exploran las formas de tenencia existentes en la doctrina y se busca cuál de ellas se ajusta al ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como cuál modalidad se ajusta a la visión de no discriminación y garantía de los derechos del niño. Se tiene en cuenta que en Ecuador concretamente en el Código de la Niñez y Adolescencia, se regula una única forma de tenencia, por tanto, no hay una alternativa para la aplicación en beneficio de los progenitores y en defensa del derecho de los niños involucrados en el proceso. Se presentan diferentes clases de tenencia que se abordan en los diversos ordenamientos y en la doctrina que ameritan su definición

“Conforme a ella, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole el cuidado directo que dicha convivencia exige” (Lathrop, 2008) ; ello implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del

otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos.

Esta modalidad de tenencia está normada en Ecuador, y de lo estudiado hasta el momento se distingue que podría afectar el ejercicio de la igualdad entre los padres. Su problema radica en las reglas que sirven de base para la toma de decisiones del juzgador, establecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que pudiera considerarse en cierto sentido contradictorio con el artículo 118 de esta misma norma, en tanto este último se refiere a la patria potestad que siempre será ejercida por ambos padres salvo que uno haya sido privado de la misma por las causales que dispone la propia ley (Ecuador. Asamblea Nacional, 2022).

En atención a lo manifestado, sería recomendable modificar la visión del legislador y motivar la creación de una norma clara y ajustada con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador para encontrar la forma de no discriminar a ninguno de los progenitores, eliminando estereotipos y, sobre todo, buscando el interés superior de los niños involucrados en el proceso de separación y tenencia que enfrentan sus padres.

La tenencia repartida o alterna es la que permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un periodo del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el periodo restante. Esta modalidad de tenencia expuesta es una alternativa menos discriminatoria que de cierta forma garantiza el respeto al interés superior del niño, y disminuye el impacto psicológico que se suscitaría en uno de los progenitores en el caso de perder su participación en la crianza del hijo hija.

La tenencia compartida o conjunta es un derecho en el que ambos padres tienen la tenencia física y legal de sus hijos, comparten derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, en igualdad de condiciones en todas las decisiones y acciones relativas a los hijos.

Esta institución se ha dado en llamar por la doctrina como custodia compartida o coparentalidad y es ejercida de varias formas a saber. Según Latroph (2008), puede ejercerse de tres formas: la primera a través de dos residencias en las que existe una principal, con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo; la segunda estableciendo previamente lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres; y, la tercera escogiendo una residencia permanente para el niño, niña o adolescente donde los padres deberán trasladarse en periodos equitativos; es decir en esta última modalidad existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores lo que se conoce como modelo de anidación. De

esta manera, ambos progenitores participarían de manera activa y equitativa en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados

La custodia en coparentalidad sería la más idónea ya que padre y madre se encuentran en igualdad de condiciones y a la vez el niño lo disfruta como si el vínculo matrimonial no hubiere fenecido. Así se fortalece el desarrollo del niño y se evita desgaste en su vida dentro de los entornos sociales, culturales, educativos, recreativos, entre otros (Sigüencia, 2019).

Ahora bien, es necesario diferenciar la corresponsabilidad parental de la tenencia compartida o coparentalidad, pues lo primero presupone la *“articulación de tareas productivas y reproductivas desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y el trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres”* (Gómez & Jiménez, 2015), y lo segundo se refiere a cuando se ejerce la custodia por ambos padres de manera compartida. Desde esta perspectiva, se observa al padre y a la madre como socios parentales. Esto significa que la corresponsabilidad debe ser un elemento de la coparentalidad y que debe existir en cualquier modo de custodia respecto a los menores, dejando claro que la responsabilidad de los padres, es común, no cambia por el hecho de divorciarse o vivir separados y tampoco se altera por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde o establezca.

Al decir de Acuña (2013), *“cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables”*.

Bajo este contexto la tenencia de hijos menores en Ecuador es compartida desde el 2021, por tanto, se produce una especie de pugna paternal, donde el Juez es el único con la decisión en las manos. Tanto el padre como la madre ahora son aptos y legalmente capaces en derecho a tomar la posta de la tenencia para sus hijos no emancipados, por tanto, será distribuido todo tipo de responsabilidad según la personalidad que esté acorde al padre o a la madre es decir poder participar de cualquier actividad de índole educativa, cotidiana del menor, con la caracterización que los padres del menor ya se encuentran separados

Bajo el concepto de separación paternal, los menores no se sienten seguros del entorno que sus padres le han impuesto. Ante ello, el Juez preverá que el menor reciba asistencia psicológica, por el daño psicológico ante la disputa de sus padres, para ver quién va a hacerse cargo del menor, que dentro de la tenencia precisa el régimen de visitas que el progenitor deberá aceptar, esto ayuda

a combatir los problemas psicológicos a que ha sido expuesto el menor (Rodríguez et al., 2021).

A lo largo de la historia, la igualdad de género ha sido un tema que ha evolucionado de una manera intensa, pues a pesar de los tabúes que se presentan, ha tomado una importancia favorable para el género y más aún para la sociedad, el género se ve expuesto a una serie de estereotipos y prejuicios que surgen desde la edad más temprana en adelante, esto se refleja desde detalles tan pequeños como colores, juguetes y roles que desde niños van asumiendo dentro de los diferentes ambientes en los que se desarrollan.

La igualdad de género se basa en obtener la igualdad legal, social, financiera y de vida entre mujeres y hombres, ya que desea que puedan acceder sin discriminación en relación de los recursos y bienes de tipo valiosos dentro de una sociedad. Por lo que recae en la indagación en que los ciudadanos gocen semejantes derechos y deberes dentro del Estado, de manera conjunta.

Creando una relación con el feminismo, al referirse al mismo este desarrolla una acepción del género y su igualdad, en base a traer acotación el entendimiento de que las mujeres como un grupo humano en el trascurso de la evolución histórica, atacadas, oprimidas, discriminadas, concluyendo en el deseo de erradicación en cuanto la explotación de varios tipos en base a la justicia en lo social (Prendes et al., 2020).

Es necesario indicar que el género y su igualdad no solo cuentan con la búsqueda del trato igualitario para todos, sino de igual manera busca la erradicación de normas supuestamente vulneradoras pueden encontrarse en muchas leyes que conforman los organismos sociales, de ello proviene los prejuicios rodeando al hombre y la mujer.

Estos prejuicios son opiniones aceptadas por la tradición o por dictámenes emitidos por autoridades, convirtiéndolo en un elemento de importancia social, que son peligrosos por que se transforman en prejuicios colectivos que llegan a ser discriminatorios (Herrera, 2020), y en el caso que estos no sean limitados de manera correcta, pueden afectar directamente a los individuos con su propia percepción y la manera en la que este se puede desenvolver en los diferentes ambientes laborales, sociales, colectivos, familiares y personales, violentando directamente sus propios derechos.

La palabra sexo se refiere a la diferencia biológica entre hombres y mujeres, mientras que el término género alude a la construcción social que se ha hecho para cada uno de ellos desde la división originaria del trabajo hasta nuestros días. El concepto género, por su carácter relacional, tiene como objeto de estudio las relaciones de desigualdad entre mujeres y hombres.

Mientras que el sexo se refiere a características biológicas que son comunes a todas las sociedades y contextos, el género aborda particularidades que se han ido acuñando durante todo el entramado de la vida social a través de los tiempos (Orcasita et al., 2022).

Si bien las diferencias biológicas son ciertas e indiscutibles, lo que sucede en la vida real es que los papeles que desempeñan mujeres y hombres en la sociedad trascienden tales diferencias biológicas para asentarse en conceptos contruidos socialmente que se convierten en percepciones acerca del papel que les corresponden a tales mujeres y hombres.

Tales percepciones tienen manifestaciones diferentes en distintos contextos ; por tanto, el género no es una característica biológica sino el sistema de dogmas, valores, conductas, proceder, puntos de vistas, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, y representaciones que se han construido socialmente para diferenciar hombres y mujeres, esto implica que las desigualdades que se originan en tal soporte pueden ser modificadas (Llerena et al., 2019).

La Custodia puede ser ejercida por uno de los progenitores o por ambos, esta última se ha dado en llamar custodia compartida o coparentalidad. En algunas ocasiones, pudiera existir una pequeña confusión respecto a conceptos que de alguna manera se encuentran entrelazados, debido a la similitud de sus acciones. Tal es el caso de los conceptos de patria potestad y custodia compartida. Es importante hacer la distinción entre cada una de ellas, donde la Patria potestad sería el conjunto de deberes, derechos y poderes que tienen los padres, de manera legal, sobre los hijos (as) menores. Su objetivo es la protección del menor y es ejercida por ambos padres, salvo sentencia en contrario debidamente fundamentada por las causales establecidas en la ley y ejecutoriada.

La Constitución de la Republica del Ecuador en su numeral 11 inciso 2 se plantea que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Para entender esta situación el punto de partida es la comprensión del principio de igualdad. que hace referencia a la necesidad de considerar en igualdad de oportunidades a los grupos históricamente vulnerables en condición de desigualdad en el cual se ubican sin lugar a dudas las mujeres. Comprender la igualdad formal y la igualdad material, equivale a un análisis de la discriminación y al estudio de las denominadas categorías concretamente sospechosas de sexo, género y orientación sexual (Andrade et al., 2022).

La igualdad viene a colación con el tema de la tenencia de los hijos, pues tal como ha sido expuesto en la

jurisprudencia vinculante de Ecuador (Corte Constitucional del Ecuador, 2021), *“una de las manifestaciones discriminatorias es que las mujeres ejercen más el rol de cuidado que los hombres, y esto significa que tienen menos posibilidades de ejercer roles significativos para sus vidas en el ámbito público, entonces hay que alterar esta realidad. Cómo alterar esa realidad es cuando se presentan divergencias entre las varias perspectivas feministas que existen”*.

La propia sentencia en la cual se debate la inconstitucionalidad de la Ley cuando dispone *la custodia a falta de acuerdo que se otorgue en preferencia a la madre*, Avila Santamaría argumenta con varias sentencias constitucionales que constituyen jurisprudencia vinculante, este arraigo de la brecha de género que afecta la igualdad en la custodia de los hijos. En una sentencia en la que se desarrolló el derecho al cuidado, constató con cifras la discriminación que sufre la mujer; (Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafos 46 al 53), también determinó *“que la brecha de género constituye un síntoma de una profunda y estructural sociedad patriarcal y de la discriminación sexual imperante. Los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor siguen existiendo”*.

La misma sentencia en el párrafo 131) dispuso que el Estado, mediante todos los medios que sean posibles y necesarios, debe universalizar el ejercicio del derecho y de la obligación de cuidar para que lo ejerzan, en igualdad de condiciones, tanto los hombres como las mujeres”, y en su párrafo 139 ordenó como una medida para equilibrar las responsabilidades de cuidado frente a los hijos e hijas, que se fortalezca la licencia de paternidad “para que los padres que trabajan compartan las responsabilidades de cuidado con las mujeres”. Estos pronunciamientos jurisprudenciales muestran los pasos dados por la más alta corte ecuatoriana en la dirección de alterar los roles tradicionales de género.

La transformación de la norma en cuanto a la preferencia materna, busca que los roles del hombre y la mujer se establezcan en condiciones de igualdad lo que constituye un gran desafío, pues puede ocurrir que se utilice el cuidado como una forma para presionar a la madre para que acepte una pensión menor de alimentos; o que el ámbito de la violencia se traslade a la batalla judicial como un nuevo espacio de disputa de la pareja; que la mujer tenga que asumir nuevos costos. Pero como arguye Avila Santa María en su voto concurrente de la sentencia 28-15-IN/21, son necesarios los cambios formales para desterrar el dualismo contencioso entre hombres y mujeres y que la mujer abandone el rol perpetuo de cuidadora y el hombre el de proveedor, pues solo así se podrá lograr el desarrollo de la mujer en el ámbito público y la capacidad del hombre para asumir responsabilidades el mundo privado del cuidado.

Ello demuestra que una sociedad en condiciones de igualdad y sin discriminación es un asunto de todos. Esta sentencia sobre la tenencia de los hijos en el ordenamiento ecuatoriano, *“apuesta a promover que hombres y mujeres puedan tomar decisiones sin las limitaciones que impone el estereotipo de madre, el rol de cuidado fijado en la mujer y el prejuicio de que el hombre no sabe ni debe cuidar; y espera que se pueda alterar y transformar el rol femenino y masculino tradicional”*: (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

El problema de las disputas de la tenencia no es cuestión de determinar quién tienen derechos sobre los hijos o hijas, sino de determinar quién puede ejercer de mejor manera el rol de cuidado, en aras de promover el interés superior del niño o niña, principio que es una garantía constitucional irrenunciable.

Principio de interés superior del niño y el derecho a la custodia

Este principio es la base para el desarrollo y crecimiento de las niñas y los niños, ya que recoge una serie de acciones que garantizan el desarrollo integral y una vida plena, además de contar con un conjunto de condiciones tanto afectivas como económicas, aspectos importantes para tener una vida digna, es una garantía para asegurar el bienestar mediante el efectivo ejercicio de los derechos de los niños antes de que se decida sobre un aspecto que los implique. Es así que, los juzgadores deben tomar como prioridad los derechos del niño, cuando se encuentren en una contraposición de valores, asegurar el bienestar de los niños niñas y adolescentes claro está, de una manera justa (Vargas, 2020).

El principio de interés superior más allá de solo definir qué derechos y garantías, así como intereses de niños niñas y adolescentes prevalecen por sobre el interés de los demás, así como también las normas que los amparan son de preferente aplicación versus los que no los reconocen, define la jerarquía que va a tener tanto la norma como la administración de justicia en relación a los niños, niñas y adolescentes que prevalezca a la hora de resolver y juzgar (Robles, 2022).

El derecho a la tenencia de hijos y la desigualdad de género en Ecuador son temas complejos que requieren un análisis detallado, que no llevará a conclusiones definitivas pero sí a algunas reflexiones relevantes sobre estos temas.

En Ecuador, el derecho a la tenencia de hijos se basa en el principio del interés superior del niño, que busca garantizar el bienestar y desarrollo adecuado de los menores. Históricamente, existía una tendencia en favor de otorgar la tenencia exclusiva de los hijos a las madres, lo cual reflejaba estereotipos de género arraigados en la sociedad. Sin embargo, en los últimos años se ha buscado

promover la corresponsabilidad parental y el derecho de los padres a mantener una relación significativa con sus hijos, reconociendo que ambos progenitores pueden y deben desempeñar un papel activo en la crianza (Coloma, 2022). Tal como se ha explicado en el análisis de los argumentos de la sentencia constitucional referida en epígrafe que precede, la transformación normativa acaece pero la efectiva aplicación del derecho requiere seguimiento.

En términos de desigualdad de género, Ecuador ha realizado avances significativos en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. La Constitución de 2008 establece la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, sin distinción de género. Además, se han promulgado leyes y políticas para combatir la discriminación y la violencia de género, y se han implementado programas para empoderar a las mujeres y promover su participación en la vida pública y política.

A pesar de estos avances, persisten desafíos en la erradicación de la desigualdad de género en Ecuador. La violencia de género sigue siendo un problema grave, y existen brechas persistentes en el acceso a la educación, el empleo y la participación política. En el ámbito de la tenencia de hijos, aunque se ha avanzado hacia una mayor corresponsabilidad, aún se puede encontrar cierta preferencia hacia las madres en los casos de separación o divorcio, lo cual puede perpetuar estereotipos de género.

Al producirse la violencia especialmente en el ámbito familiar que suele ser común, se debe considerar que se expone al menor a vivir en un ambiente violento, donde se vulneran cada uno de los derechos que posee el niño a nivel legal y de garantía constitucional, que además producen consecuencias emocionales, afectando la estabilidad de los menores en el orden psicológico, educativo, social y personal.

Se entiende que uno de los derechos que otorga la constitución a los niños, niñas y adolescentes, es a una convivencia sana, acompañada de las diferentes figuras paternas que puede tener a lo largo de la vida, principalmente en los primeros años de vida, al tener en cuenta esto, se debe priorizar el bienestar y la integridad del menor para la convivencia sana y adecuada con uno de los padres el que realmente presente las condiciones idóneas para sus cuidados sin supeditar la custodia a los prejuicios sociales y a los estereotipos de género. La decisión de un juez debe sustentarse en las necesidades del menor garantizando el interés superior del niño como principio, siempre bajo las garantías de igualdad que enarbola la Constitución.

CONCLUSIONES

Hoy en día, los diferentes temas que se relacionan directamente con la relación y vínculo afectivo entre padres

e hijos y la dinámica que puede existir entre ambos, es primordial para el desarrollo de la sociedad y el propio desarrollo de cada uno de los derechos que se otorga al ser humano mediante la constitución legal de un estado o país, mismos que a la vez, son garantizados y priorizados por diferentes instituciones y organizaciones tanto a nivel nacional como internacional.

Ecuador ha realizado esfuerzos importantes para garantizar el derecho a la tenencia de hijos y promover la igualdad de género, sin embargo, aún queda trabajo por hacer para abordar la discriminación de género en todas sus formas y promover una verdadera igualdad de oportunidades para hombres y mujeres. Esto requiere un enfoque integral que involucre cambios culturales, educativos, legales y políticos para transformar las estructuras sociales y eliminar los estereotipos de género arraigados.

En términos legales, el derecho a la tenencia de hijos se basa en el principio de interés superior del niño, que busca garantizar su bienestar y desarrollo integral. En Ecuador, la Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia establecen que los padres tienen derechos y responsabilidades compartidas con respecto a la crianza y educación de sus hijos, sin importar su estado civil. Sin embargo, en la práctica, persisten desafíos relacionados con la igualdad de género.

La desigualdad de género en Ecuador se manifiesta en diversas formas, como la brecha salarial, la segregación ocupacional y los estereotipos de género arraigados en la sociedad. Estos factores pueden afectar la toma de decisiones relacionadas con la tenencia de hijos, ya que históricamente se ha asignado a las mujeres un papel principal en el cuidado de los hijos, mientras que los hombres han sido considerados principalmente proveedores económicos.

Dicho esto, se debe considerar los diferentes prejuicios y estereotipos que se vinculan directamente con el rol que posee la mujer y el hombre, mismos que son tomados en cuenta desde la historia, en donde, se vincula generalmente a la mujer con un rol mucho más delicado y casero, mientras que el rol del hombre, es enfocado en la fuerza y proveer económicamente en el hogar, dicho esto, es importante recalcar, que estas sugerencias son influenciadas directamente por la sociedad y la manera en cómo esta puede afectar en el rol y percepción del ser humanos dentro de la sociedad, el hogar, la pareja y su área personal y laboral.

A pesar de los avances legislativos en igualdad de género, aún existen desafíos persistentes. Las mujeres a menudo enfrentan obstáculos en el ejercicio pleno de sus derechos parentales debido a prejuicios arraigados y prácticas discriminatorias. Esto puede manifestarse en decisiones judiciales que tienden a otorgar la tenencia a

la madre de forma automática, sin considerar adecuadamente las capacidades y circunstancias individuales de los padres.

Es fundamental abordar la desigualdad de género en el contexto de la tenencia de hijos a través de acciones multidimensionales. Esto incluye promover la sensibilización y educación sobre la importancia de la corresponsabilidad en la crianza, desafiar los estereotipos de género y garantizar que las decisiones judiciales se basen en la evaluación objetiva de las capacidades parentales, independientemente del género.

Además, es necesario fortalecer los mecanismos legales y judiciales para garantizar una aplicación efectiva de los derechos parentales, así como brindar recursos y apoyo adecuados para que los padres, independientemente de su género, puedan cumplir con sus responsabilidades parentales de manera equitativa.

Así mismo, diferentes instituciones y organizaciones, se enfocan directamente en fortalecer dichos mecanismos a través de la educación y el conocimiento de la ciudadanía, esto para que todo individuo pueda conocer no solamente de sus derechos individuales como ser humano, sino también, sus derechos y responsabilidad dentro del matrimonio y para con sus hijos e hijas, de esta manera, se garantiza, que tanto padres, madres e hijos puedan disfrutar de una convivencia armónica y de un ambiente libre de violencia, discriminación y desigualdad de género, impulsando a tener una sociedad más justa y equitativa.

Con el punto de la educación, se debe vincular los conocimientos propios del ser humano en cuanto a los diferentes prejuicios y estereotipos de pueden generarse a lo largo de la historia, pues es el momento en el que el niño se ve expuesto a tener una convivencia en el campo de la sociedad, se expone directamente a verse influenciado de dichos prejuicios, impulsando y promulgando al menor a tener un rol distinto uno del otro, es decir, la sociedad menciona que el rol de la mujer es muy diferentes la rol del hombre, puesto a que se puede diferenciar aquellas actividades, conductas y objetivos que mantiene en los diferentes campos personales, sociales y laborales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 40(2), 21-59. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1947>
- Andrade, G., Zambrano, M., & Paucar, C. (2022). La custodia de los menores y el principio de igualdad. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S3), 248-256. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2954>

- Bermeo-Cabrera, F., & Pauta-Cedillo, W. (2020). Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad. *Polo del Conocimiento*, 5(8), 1114-1133. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1647/3125>
- 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. <https://doi.org/10.37811/clrcm.v6i2.2014>
- Cabascango, M. (2017). El principio constitucional a la igualdad y la preferencia materna en casos de tenencia legal de los hijos. (Examen Complexivo). Universidad Regional Autónoma de Los Andes.
- Coloma Villacís, P. E. (2022). Principios de la justicia juvenil en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador: una revisión crítica. *Revista Ruptura*, 3(03). <https://doi.org/10.26807/rr.v3i03.87>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 28-15-IN/21. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=28-15-IN/21>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2022). Código de la Niñez y Adolescencia. *Registro Oficial 262*. <https://www.gob.ec/regulaciones/codigo-ninez-adolescencia>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Gómez, V., & Jiménez, A. (2015). La corresponsabilidad Familiar y el equilibrio Trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género. *Polis Revista Latinoamericana*, 40, 1-17. <https://journals.openedition.org/polis/10784>
- Herrera, M. (2020). Aislamiento social y violencia de género - Una revisión crítica a la luz de las Recomendaciones Generales del Comité de la CEDAW. Rubinzal Culzoni.
- Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (10), 9-37. <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/330>
- Llerena, L., Rodríguez, L., Freire, D., & Salas, P. (2019). La percepción de los estudiantes de la UNIANDÉS sobre la violencia de género. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 1(60). <https://dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/1700>
- Murillo-Céleri, C., & Vázquez-Calle, J. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *Revista Científica Ciencias económicas y empresariales*, 5(3), 637-667. <https://fip-caec.com/index.php/fipcaec/article/view/254/426>
- Novales, A. (2022). Desigualdad: una revisión actualizada. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Orcasita, L., Yoshioka, A., Alonso, A., Heller, L., Grandjean, S., Paludi, M., & Gómez-Sejnavi V. (2022). Avances en las prácticas de igualdad de género en organizaciones de América Latina. Revisión de literatura. *Cuadernos de Administración*, 35, 1-17. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.cao35.apigo>
- Paz, A. (2020). Análisis de la tenencia monoparental y el derecho a la familia en Ecuador. (Tesis de grado). Universidad de Otavalo.
- Prendes-Espinosa, M., García-Tudela, P., & Solano-Fernández, I., (2020) Gender equality and ICT in the context of formal education: A systematic review. *Comunicar*, 63 (28). <https://doi.org/10.3916/C63-2020-01>
- Robles, K. (2022). La custodia compartida como garantía del principio de igualdad en el Ecuador. (Tesis de licenciatura). Universidad Técnica del Norte.
- Rodríguez Salcedo, E. del R., Cáceres Sánchez, N. N., Agudo Durán, J. A., Mesías Vinana, J. A., & Villafuerte Maisa, A. S. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Universidad Y Sociedad*, 14(S1), 202–209. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2706>
- Sigüencia, A. (2019). La tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador. Instituto de Altos Estudios Nacionales Universidad de postgrado del Estado.
- Silva, D., & Márquez, M. (2022). La inserción de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana como un restablecimiento del derecho a la igualdad de los progenitores. (Trabajo de titulación). Universidad Católica de Cuenca.
- Vargas, R. (2020). Interés superior del niño: revisión de origen, evolución y tendencias interpretativas actuales en Chile. *Opinión Jurídica*, 19(39), 289-309. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a12>