

Tenencia Compartida de Niños, Niñas y Adolescentes, Rol de Cuidado y Discriminación Contra la Mujer

Hillary Patricia Herrera Avilés¹

hillary.herrera@unach.edu.ec

<https://orcid.org/0009-0003-1514-2247>

Universidad Nacional de Chimborazo

RESUMEN

La normativa ecuatoriana ha introducido valiosos cambios en su legislación mismos que en ocasiones se originan por medio de la jurisprudencia que emite la Corte Constitucional. En este orden de ideas el tema que se analiza dentro de la presente investigación responde a una necesidad básica y un derecho de los padres que se traduce por medio de la tenencia compartida. Si bien, los progenitores tienen la obligación de velar por el bienestar de sus vástagos, esta obligación en ocasiones debe ser exigida por medio de la vía judicial ante la falta de acuerdo entre los padres. Tradicionalmente, el rol de cuidado de los hijos y de la familia ha sido confiado a la mujer generando brechas de discriminación que no le han permitido desarrollarse de manera adecuada frenando sus expectativas laborales y limitándose frente a múltiples estereotipos. Bajo este criterio este artículo analiza la problemática expuesta vista desde un enfoque cualitativo, respondiendo a un análisis crítico propositivo. Los resultados obtenidos dan cuenta que, el régimen de preferencia materna en la patria potestad y la tenencia de los hijos es complejo y debe abordarse teniendo como referente los principios de igualdad de género y el interés superior de los menores.

Palabras clave: igualdad; no discriminación; patria potestad; tenencia compartida

¹ Autor principal

Correspondencia: hillary.herrera@unach.edu.ec

Shared Custody of Boys, Girls and Adolescents, Role of Care and Discrimination Against Women

ABSTRACT

Ecuadorian regulations have introduced valuable changes in its legislation, which sometimes originate through the jurisprudence issued by the Constitutional Court. In this order of ideas, the topic analyzed within this research responds to a basic need and right of parents that is translated through shared ownership. Although parents have the obligation to ensure the well-being of their children, this obligation must sometimes be demanded through judicial means in the absence of agreement between the parents. Traditionally, the role of caring for children and the family has been entrusted to women, generating discrimination gaps that have not allowed them to develop adequately, curbing their job expectations and limiting themselves to multiple stereotypes. Under this criterion, this article analyzes the exposed problem seen from a qualitative approach, responding to a propositional critical analysis. The results obtained show that the maternal preference regime in parental authority and custody of children is complex and must be addressed with the principles of gender equality and the best interests of minors as a reference.

Keywords: equality; no discrimination; custody; shared tenancy

Artículo recibido 21 agosto 2023

Aceptado para publicación: 24 septiembre 2023

INTRODUCCIÓN

La tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes [en adelante NNA] se refiere a un acuerdo legal entre los padres o tutores de un menor en el que se establece que ambos tendrán la responsabilidad de cuidar y tomar decisiones en beneficio del NNA, incluso si no viven juntos o están separados. Esta forma de custodia se ha vuelto más común en muchas jurisdicciones como una alternativa a la custodia exclusiva a favor de uno de los padres, lo que a menudo resulta en un mayor involucramiento del padre no custodio en la vida y crianza de sus hijos.

Sin embargo, la implementación de la tenencia compartida puede estar influenciada por factores culturales, sociales y de género, y puede dar lugar a cuestiones relacionadas con el rol de cuidado y la discriminación contra la mujer. A pesar de que la tenencia compartida ha ganado amplio terreno en la actualidad, las mujeres a menudo siguen asumiendo una carga desproporcionada de las responsabilidades de cuidado en la crianza de los hijos. Esto puede deberse a estereotipos de género arraigados que asocian a las mujeres con el papel principal de cuidadoras.

Las mujeres pueden enfrentar discriminación laboral debido a su papel como cuidadoras. Esto puede incluir dificultades para acceder a empleos o ascensos, así como la pérdida de oportunidades laborales debido a la necesidad de cuidar a los hijos. En algunas situaciones, la implementación de la tenencia compartida puede exponer a las mujeres a situaciones de violencia de género por parte del excónyuge o pareja.

Ciertamente, esto conlleva a enfrentar varios desafíos económicos ya que, en múltiples ocasiones, la tenencia compartida puede resultar en una carga económica adicional para las mujeres, especialmente si tienen ingresos más bajos o no reciben el apoyo financiero adecuado del padre de sus vástagos. La falta de comunicación efectiva entre los padres puede dificultar la implementación exitosa de la tenencia compartida y puede tener un impacto negativo en el bienestar de los niños.

Es importante abordar estos problemas mediante políticas y prácticas que promuevan la igualdad de género y el respeto mutuo en las relaciones parentales. Esto incluye la promoción de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, la lucha contra los estereotipos de género y la provisión de apoyo adecuado para las familias, especialmente en casos de violencia de género o desigualdades económicas significativas. El propósito de este trabajo de investigación es dejar en evidencia

mecanismos que permitan optimizar el interés superior de los niños y niñas, promoviendo relaciones parentales saludables y equitativas en amparo de la norma legal.

METODOLOGÍA

El diseño de esta investigación se enmarca en el contexto constitucional y de familia, cuya influencia es cualitativa y permite establecer relaciones de causa y efecto entre las propuestas planteadas. El objetivo principal de este estudio es exponer los argumentos clave que respaldan la necesidad de reconocer y promover la responsabilidad parental como uno de los derechos fundamentales en beneficio de los hijos. Para lograr este propósito, se ha llevado a cabo una evaluación crítica y jurídica de los derechos y obligaciones de los padres en relación con el cuidado de sus hijos. Durante el desarrollo de un debate teórico y descriptivo, se ha recurrido a diversas fuentes en bibliotecas virtuales para analizar la aplicación de los principios constitucionales relacionados con el interés superior de NNA, conforme a la doctrina y la legislación vigente.

En reconocimiento de que los principios de igualdad y proporcionalidad desempeñan un papel fundamental en el desarrollo integral de los menores, se ha argumentado que estos principios no deben ser limitados de manera inflexible por meros aspectos legales. Para respaldar esta afirmación, se ha recurrido al método exegético y se ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana para contrastar y respaldar los argumentos vertidos. Este enfoque de análisis documental y revisión bibliográfica ha sido fundamental para cimentar las ideas presentadas y respaldar estos razonamientos a partir de diversas fuentes y artículos indexados.

RESULTADOS

El debate sobre la preferencia materna en la tenencia de los hijos se relaciona con cuestiones fundamentales de igualdad de género, derechos de los NNA, y principios constitucionales. Es esencial garantizar para esta investigación abordar algunos elementos clave que confluyen en las decisiones judiciales y las políticas familiares como base para garantizar el interés superior del niño y el respeto a los derechos de todas las partes involucradas, en el proceso de asignación de la tenencia, independientemente de su género.

Estereotipos de género y equidad en el cuidado de los hijos

Los estereotipos de género son creencias o ideas preconcebidas sobre las características, roles y comportamientos que se esperan de las personas basadas en su género. García Prieto & Arriazu, (2020) mencionan que estos “son un estigma sociocultural que se transmiten de generación en generación desde edades muy tempranas” (p. 24). Ciertamente, los estereotipos limitan las oportunidades de las personas y perpetúan las desigualdades de género. La idea de que las mujeres deben ser las cuidadoras y los hombres los proveedores ha llevado a la creencia de que las mujeres son naturalmente mejores en tareas domésticas y que los hombres son más adecuados para trabajos fuera de casa.

Por costumbre se sugieren que las mujeres son mejores en habilidades emocionales, como la empatía, mientras que los hombres son mejores en habilidades lógicas o técnicas. Eso lleva a la expectativa de que las mujeres deben ser dóciles, amigables y comprensivas, mientras que los hombres deben ser fuertes, valientes y agresivos. Conceptos que puede llevar a la represión de la expresión de género y la diversidad en la forma en que las personas se comportan.

La asociación de colores específicos y estilos de ropa con un género particular también ha fomentado la discriminación a las personas que eligen no conformarse con estas normas. La creencia de que ciertos intereses y pasatiempos son apropiados solo para un género y la presión para que las personas cumplan con ciertos estándares de belleza basados en su género, hasta la actualidad se asocia con problemas de imagen corporal y baja autoestima.

Asimismo, la expectativa de que las mujeres son naturalmente mejores cuidadoras y que los hombres no son adecuados para el cuidado de los niños, limita la participación de los padres en la crianza de sus hijos (Neiman & Barrera, 2021). Estos estereotipos de género llegan a influir en las expectativas sobre la orientación sexual de una persona contribuyendo a la tolerancia de la violencia de género y perpetuando la idea de que la agresión es una característica masculina o que las víctimas deben comportarse de cierta manera. Esta reflexión lleva a cuestionar cuan profunda es la desventaja en la que se encuentran las mujeres y las madres.

Lo expuesto destaca una evidente preocupación sobre la igualdad de género en el sistema legal ecuatoriano, específicamente en relación con la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores. A pesar de que la igualdad de derechos y protección ante la ley se considera un

principio fundamental para hombres y mujeres, existe una brecha en la aplicación de este principio en el contexto legal de la tenencia de los hijos.

Existía un patrón en el sistema legal en el que los jueces tendían a favorecer a las madres en la decisión de la tenencia de los hijos, incluso cuando ambos padres estaban en igualdad de condiciones para satisfacer las necesidades de los niños. Esto se ve como una violación a la equidad de género, ya que se interpreta como una preferencia materna arraigada en la sociedad y que no se ajusta a los principios de igualdad de género consagrados en la Constitución del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La importancia de desafiar los estereotipos de género arraigados en la sociedad, donde tradicionalmente las mujeres han sido vistas como las principales cuidadoras y encargadas del trabajo doméstico se enfatiza que los hombres también tienen la capacidad de desempeñar roles de cuidadores de sus hijos y que esto debe ser reconocido y respetado. Pues bien, no se puede dejar de lado que, el “interés superior del niño” es un principio rector que guía las acciones relacionadas con los derechos de NNA (Viscarra Torres, 2017). Este principio implica que todas las decisiones y acciones deben priorizar el bienestar y los derechos de NNA por encima de cualquier otro interés.

En este sentido, acordar un plan de visitas muy reducido puede tener un impacto negativo en la relación afectivo-social entre los hijos e hijas y su progenitor no custodio. Esto se debe a que se limita la interacción puntualmente a aspectos como la crianza, educación, salud física y emocional. Briones, (2022) señala que estas limitaciones injustas hacia los padres, generalmente en favor de las madres, pueden reforzar patrones de género preexistentes, donde las madres tienen una posición jerárquica en la crianza de los hijos, generando conflictos y reforzando la vulnerabilidad emocional de los menores.

El “interés superior” no es solo un principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código de Niñez y Adolescencia de Ecuador [en adelante CONNA], sino que también es una norma de procedimiento. Esto significa que debe ser considerado tanto durante el proceso legal como al motivar las decisiones judiciales. Hasta octubre de 2021, los párrafos 2 y 4 del artículo 106 del CONNA (Congreso Nacional, 2003) establecían una inclinación hacia la madre en lo que respecta a la custodia y tenencia de NNA.

En el numeral 2 se establecía que: “A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés del hijo/a, la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo/a” (Congreso Nacional, 2003). De igual forma, el numeral 4 determinaba que: “Si ambos progenitores muestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Congreso Nacional, 2003).

Desde noviembre de 2021, la Corte Constitucional de Ecuador dictaminó que los párrafos 2 y 4 del mencionado artículo del CONNA eran inconstitucionales, enfatizando que “no pueden primar los intereses de un progenitor sobre el otro considerando a la tenencia como un mecanismo para conseguir intereses” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, párr. 228).

Con estas consideraciones, es esencial enfatizar que la patria potestad se rige por nuevas normativas, que han sido establecidas por la Corte Constitucional con relación al artículo 106 del CONNA, con el objetivo de salvaguardar la igualdad entre ambos progenitores en beneficio de los hijos no emancipados. Esto permite que se apliquen de manera equitativa sus deberes, derechos y responsabilidades como padres. Según lo establecido en la Sentencia 28-15-IN/21, se ha declarado la inconstitucionalidad de dicho precepto debido a su contradicción con lo establecido en la Constitución ecuatoriana.

Violencia de género y discriminación laboral

Una de las cuestiones más comunes que ha surgido es: “¿Qué sucede si uno de los progenitores tiene la patria potestad, pero carece de recursos económicos suficientes?” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021). La respuesta a esta pregunta se encuentra en el artículo 114 del CONNA, que establece que la falta de recursos económicos no será considerada como motivo para que cualquiera de los dos progenitores pierda la patria potestad o, en su defecto, la tenencia.

Haciendo un paréntesis en este tema, cabe añadir que según la investigación realizada por Neiman & Barrera, (2021) en lo que respecta a las motivaciones detrás de la participación de las mujeres (madres) en actividades delictivas, los estudios revelan que se involucran principalmente como una estrategia para sobrevivir económicamente. Esto se debe a que son las principales encargadas del cuidado de personas dependientes y, en muchos casos, se ven coaccionadas por sus parejas u otras personas en contextos caracterizados por relaciones de poder marcadamente desiguales.

Este aspecto aporta relevancia a la investigación, ya que arroja luz sobre cómo la maternidad en solitario y su asociación al papel exclusivo del cuidado, se convierten en factores determinantes para comprender la gravedad de la situación de la desigualdad. Si bien, a efectos de este trabajo no se busca vincular la maternidad con actividades delictivas, ni justificar a las personas que lo hayan cometido, pero si resulta meritorio dar voz a aquellas madres que siguen formando parte de la interminable lista de desigualdad y violencia.

No lejos de esta realidad, también se encuentra la discriminación laboral, pese a que, a lo largo del tiempo, se ha dado un enfoque prioritario a las políticas públicas que buscan abordar las desigualdades que las mujeres enfrentan en el ámbito laboral debido a su género. Si bien, se han propuesto medidas correctoras en el mercado laboral para lograr igualdad de oportunidades y combatir la discriminación, sin embargo, como lo señala Cardona Rubert, (2023) a pesar de los avances normativos a nivel internacional y nacional, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el empleo sigue siendo un desafío persistente.

En efecto, se han introducido instituciones legales importantes, que sancionan la discriminación y el acoso implementado acciones afirmativas para reafirmar derechos entre los que cuentan la lactancia materna, permiso por maternidad, equiparación de salarios, etc. Sin embargo, la realidad laboral sigue mostrando desigualdades arraigadas. Los estereotipos de género persisten, lo que afecta negativamente a las mujeres en el mercado laboral. Esta lucha por la igualdad es un recordatorio de la necesidad de abordar eficazmente estas situaciones que violan los derechos fundamentales de las personas debido a su pertenencia a un grupo.

La persistente discriminación de género en el empleo es un fenómeno complejo y multifacético que se ha mantenido a pesar de los avances sociales, dado que tanto instituciones públicas como privadas violentan derechos laborales de las mujeres. Esto se atribuye en gran medida a factores culturales y económicos. Los empleadores a menudo asignan a las mujeres roles y responsabilidades tradicionalmente asociados con el cuidado, independientemente de si las asumen o no. Esto crea un obstáculo difícil de superar y hace que las políticas destinadas a promover la equidad y eliminar la discriminación de género sean menos efectivas.

La teoría de la discriminación estadística implica que los empleadores realizan cálculos de coste-beneficio al evaluar a los solicitantes de empleo por sus características observables y a menudo asocian características del grupo al que pertenecen. En este sentido, se considera que la contratación de mujeres es costosa debido a la percepción de un mayor absentismo debido a responsabilidades familiares. Esto lleva a la discriminación de las mujeres incluso cuando están igualmente calificadas que los hombres (Moreira-Intriago et al., 2022).

Las desigualdades de género comienzan desde el principio de las carreras profesionales debido a las expectativas sociales que limitan a las mujeres a roles de cuidado. Esta discriminación persiste debido a los roles socioculturales y la falta de reconocimiento del trabajo femenino, lo que resulta en la segregación ocupacional horizontal y vertical. Las mujeres tienden a ocupar trabajos peor remunerados y tienen menos oportunidades de avanzar en sus carreras. La crisis económica, como la pandemia de la COVID-19, ha exacerbado estas desigualdades al afectar de manera desproporcionada a las mujeres. Las políticas de igualdad y medidas antidiscriminatorias a menudo se debilitan en tiempos de crisis económica.

Patria potestad, suspensión y pérdida: derechos compartidos

Es esencial destacar la relación del ámbito civil con el derecho de familia, respecto de una figura de gran importancia en el contexto jurídico, como es la patria potestad. Esta figura se encuentra regulada en el título XII del primer libro del Código Civil (Congreso Nacional, 2005) y aborda cuestiones relacionadas con personas y familias. Estas disposiciones complementan lo establecido en el título II del CONNA vigente.

Para el efecto, se hace necesario subrayar que no se requiere ninguna condición específica para que se ejerza y se consolide la patria potestad, ya que “no es necesario que los padres estén legalmente casados, porque que esta figura se refiere a las relaciones paternofiliales” (Manzanero et al., 2015, p. 62). Por lo tanto, su contenido abarca los derechos y las obligaciones de los padres en relación con sus hijos en lo que respecta a su educación, cuidado y protección para su desarrollo integral, incluso si los progenitores están separados.

Para comprender adecuadamente el significado de la patria potestad en el contexto del Estado ecuatoriano, es fundamental tener en cuenta a qué grupo se aplica esta figura. En este sentido, se refiere

a “las atribuciones que tienen los padres sobre sus hijos, en particular, aquellos que no son emancipados por regla general” (Velázquez, 2014, p. 235). Según la terminología actual y la descripción de esta figura, se concibe como una autoridad que permite a los padres que cuidan a hijos no emancipados, tener control sobre su integridad física o psicológica, así como la administración de sus bienes si los tienen, además de brindarles protección (Manzanero et al., 2015).

Es crucial enfocarse en la relación paternofilial, ya que es el vínculo directo entre padres e hijos y se basa en la obligación que los une. Esta relación puede ser conyugal o extramatrimonial, ya que no se requiere un matrimonio obligatorio (Badía & Esparcia, 2021). La patria potestad no se limita únicamente a otorgar autoridad a los padres sobre sus hijos, sino que también abarca aspectos educativos y psicosociales del menor, así como la responsabilidad de cuidado y protección en su crianza.

El debate en torno a la patria potestad es un tema crucial en el ámbito legal y familiar. Aunque se destaca la importancia de tener en cuenta la opinión de los niños o niñas sobre con quién desean estar, no es suficiente basar la decisión únicamente en la opinión de los hijos. Esta decisión se somete al juicio del Juez competente para determinar a qué progenitor se le otorga el derecho de la patria potestad (CONNA, Congreso Nacional, 2003, art. 106).

La patria potestad está estrechamente relacionada con la tenencia y la corresponsabilidad parental, independientemente de si el padre o la madre del menor ejerce este derecho. Es relevante observar que en muchos casos se otorga la patria potestad a la madre, basándose en la creencia de que el menor puede estar mejor con ella, una situación que se da por sentada en una gran proporción de casos. Sin embargo, no siempre se considera la posibilidad de que el padre también sea apto y calificado para ejercer este derecho, lo que plantea preguntas sobre la equidad de la ley en este contexto.

En efecto, ambos padres comparten derechos y obligaciones con respecto a sus hijos, y, por lo tanto, es importante considerar en igualdad de condiciones a quién se le confiere la patria potestad del menor (Rodríguez et al., 2022). Los criterios establecidos en el artículo 106 del CONNA son objeto de cuestionamiento en la Sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, que debate la necesidad de considerar la igualdad de condiciones entre ambos progenitores en lugar de dar preferencia a la madre para obtener la patria potestad.

El principio rector en este contexto es el interés superior del niño, que se entiende como integrante de la estabilidad del menor. Los operadores de justicia están llamados a evaluar el impacto positivo o negativo que tendría cada progenitor en el bienestar del niño. La decisión final no debe basarse en suposiciones o costumbres personales de los padres, sino en lo que sea mejor para el niño (Meil Landwerlin, 2017).

Cuando no existe acuerdo mutuo entre ambos progenitores, el juez decidirá con quién debe quedarse el menor. Esta decisión se toma en función de la estabilidad que cada progenitor puede proporcionar y el impacto en el bienestar del niño. Se pueden realizar estudios basados en la estabilidad psicológica del niño para garantizar que la decisión del juez no lo perjudique (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

La suspensión y pérdida de la patria potestad son temas de gran importancia en el ámbito legal y familiar, y deben ser abordados cuidadosamente teniendo en cuenta el interés superior de NNA. Se deben considerar varios principios, derechos y obligaciones que los padres tienen sobre los hijos, independientemente de si están o no con ellos. Es esencial que cualquier decisión relacionada con la patria potestad se tome con la premisa de que ambos progenitores son legalmente capaces y tienen una responsabilidad absoluta hacia sus hijos (Carapezza Figlia, 2021).

La suspensión o pérdida de la patria potestad debe basarse en condiciones de estricto cumplimiento y no cumplir con los fines de la patria potestad puede dar lugar a la presentación de una solicitud por parte de cualquiera de los progenitores para que se limite o suspenda este derecho. También es posible solicitar la reapertura de la patria potestad, lo que significa que, si un progenitor que había perdido la patria potestad desea recuperarla, puede solicitarlo al juez. Sin embargo, en este caso, el juez debe asegurarse de que el menor estará seguro bajo la custodia del progenitor que solicita la restitución (Carapezza Figlia, 2021).

La figura de la patria potestad se puede ver afectada por tres factores principales: suspensión, limitación o privación (Velázquez, 2014). La restitución de la patria potestad debe solicitarse al juez competente, quien evaluará si ha habido un cambio en las circunstancias que llevaron a la suspensión, limitación o privación de la patria potestad. Si el juez determina que ha habido una modificación significativa en las circunstancias, puede ordenar la restitución de la patria potestad al progenitor que la solicitó.

Es importante que la suspensión, limitación o privación de la patria potestad se base en situaciones jurídicas adversas o incumplimiento de la ley de la patria potestad, y no debe tomarse a la ligera. Estas decisiones deben considerar cuidadosamente las consecuencias y los cambios sociales o legales que puedan afectar el bienestar de los menores.

Tenencia compartida en Ecuador

El tema de la tenencia de los hijos en casos de divorcio o separación es de gran relevancia y plantea varias cuestiones importantes en el ámbito legal y social. El principio fundamental en cualquier decisión relacionada con la tenencia de los hijos debe ser el interés superior del niño. Esto significa que se debe tomar en cuenta lo que sea mejor para el desarrollo integral y el bienestar del hijo o hija. La decisión no debe basarse únicamente en los deseos de los padres, sino en lo que sea más beneficioso para el niño (Briones, 2022).

El debate surge respecto de conocer si la custodia debe ser compartida entre ambos progenitores o si debe otorgarse a uno de ellos es común en casos de divorcio o separación. La custodia compartida implica que ambos padres comparten la responsabilidad de cuidar y criar al niño de manera equitativa. Por otro lado, la custodia única se otorga a uno de los progenitores, y el otro tiene derechos de visita. Este debate depende en gran medida de las circunstancias individuales de cada familia y debe determinarse considerando el interés superior del niño.

El artículo 118 del CONNA (2003) establece las reglas y criterios que deben seguirse para decidir sobre la tenencia de los hijos. Estos criterios deben ser aplicados de manera justa y equitativa por parte del juez, teniendo en cuenta la situación específica de cada familia. Resulta meritorio distinguir entre la patria potestad y la tenencia. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes de los padres hacia sus hijos, mientras que la tenencia se refiere al cuidado y la custodia diaria de los niños.

La tenencia puede ser otorgada a uno de los progenitores sin afectar el ejercicio conjunto de la patria potestad, lo que implica que ambos padres siguen siendo responsables de tomar decisiones importantes sobre la crianza y educación de sus hijos. Cada caso de divorcio o separación es único y deberá evaluarse individualmente para determinar la mejor solución en función del interés superior del niño. Esto implica considerar factores como la relación de cada progenitor con el niño, la capacidad para brindar cuidado y apoyo, el entorno familiar, y otros aspectos relevantes.

El debate sobre la coparentalidad y la preferencia materna en la tenencia de los hijos plantea importantes cuestiones relacionadas con la igualdad de género, los derechos de NNA y la interpretación de los principios constitucionales. El principio fundamental de igualdad y no discriminación es esencial en cualquier discusión sobre la preferencia materna en la tenencia de los hijos. La Constitución de la República del Ecuador y otros tratados internacionales establecen claramente que hombres y mujeres deben ser iguales ante la ley y no deben ser discriminados por motivos de género.

Por otra parte, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial en todas las decisiones relacionadas con la tenencia de los hijos. Esto significa que cualquier preferencia o privilegio basado en el género de los padres debe ceder ante lo que sea mejor para el desarrollo integral y el bienestar de los niños.

Es significativo distinguir entre la coparentalidad y la tenencia compartida. Si bien ambas implican la participación activa de ambos padres en la crianza y el cuidado de los hijos, la coparentalidad se refiere más a la colaboración y la toma conjunta de decisiones, mientras que la tenencia compartida se centra en la residencia física alternada de los niños. Ambos modelos pueden coexistir y no deben ser interpretados como mutuamente excluyentes. Los NNA tienen el derecho fundamental a ser escuchados en asuntos que les conciernen. Esto incluye la decisión sobre la tenencia de los hijos. Los jueces y los padres deben tener en cuenta la opinión y los deseos de los niños de acuerdo con su edad y madurez.

Los principios constitucionales, como la igualdad de género y la no discriminación, deben interpretarse de manera que se garantice un trato justo y equitativo para todas las partes involucradas. Esto implica evaluar si las preferencias basadas en el género de los padres están en conflicto con estos principios y, en caso afirmativo, tomar medidas para corregir cualquier desigualdad.

DISCUSIÓN

Preferencia materna o estereotipos discriminación

El debate sobre el régimen de preferencia materna en los casos de patria potestad y tenencia de hijos en situaciones de padres separados plantea importantes cuestiones relacionadas con la igualdad de género, la no discriminación y la corresponsabilidad parental.

La igualdad de género es un principio fundamental en los derechos humanos y la no discriminación es un componente esencial de este principio. Los tratados internacionales de derechos humanos, como la

Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos del Niño, establecen que la crianza y el cuidado de los hijos son responsabilidades compartidas entre los padres, sin hacer distinciones de género (Rodríguez et al., 2022).

La preasignación automática de la custodia a la madre puede ser percibida como discriminatoria y contraria a estos principios. El interés superior del niño es un principio fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos y debe prevalecer en todas las decisiones relacionadas con la patria potestad y la tenencia de los hijos. Esto implica que los niños tienen derecho a mantener una relación significativa con ambos progenitores para su pleno desarrollo. La preasignación materna puede no siempre ser coherente con este principio, ya que podría privar a los niños del contacto significativo con sus padres.

La corresponsabilidad parental por su parte se refiere a la responsabilidad compartida de los padres en la crianza y el cuidado de sus hijos. Esto implica que tanto el padre como la madre tienen derechos y deberes iguales hacia sus hijos. La preasignación materna podría perpetuar estereotipos de género que limitan el papel del padre en la crianza de los hijos y lo relegan a un mero proveedor económico.

Es importante tener en cuenta que las condiciones económicas, sociales y culturales pueden variar ampliamente en diferentes regiones y comunidades. En algunas áreas, las madres pueden ser las principales cuidadoras debido a circunstancias específicas, como la migración de los padres. Por lo tanto, las decisiones relacionadas con la patria potestad y la tenencia deben considerar el contexto y las necesidades individuales de cada familia.

También es importante reconocer que, en algunos casos, la preasignación materna puede ser utilizada como un mecanismo de violencia o manipulación por parte de un progenitor contra el otro. Esto puede llevar a situaciones de alienación parental en las que un progenitor impide el contacto del niño con el otro progenitor, lo que no es en el interés superior del niño.

CONCLUSIONES

El debate en torno a la patria potestad es complejo y requiere un equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de ambos progenitores y el interés superior del niño. La decisión del juez debe basarse en una evaluación objetiva de las condiciones de los padres y su capacidad para brindar un entorno

adecuado para el desarrollo integral del niño, sin dar preferencia automática a la madre. La protección del bienestar del niño debe ser la prioridad en todo momento.

Es necesario identificar la primacía del bienestar de NNA en casos de tenencia respetando los principios constitucionales para guiar todas las acciones y decisiones inherentes a sus derechos, evitando que los patrones de género influyan en la toma de decisiones judiciales y asegurando un proceso legal justo y respetuoso con los derechos de los menores.

El debate sobre el régimen de preferencia materna en la patria potestad y la tenencia de los hijos es complejo y debe abordarse teniendo en cuenta los principios de igualdad de género, no discriminación y el interés superior del niño. Cada caso debe evaluarse de manera individual, considerando las circunstancias específicas de las familias y garantizando que se protejan los derechos y el bienestar de los niños.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Badia, J. M., & Esparcía, A. J. (2021). Autonomy management of minors in parental divorce proceedings. *Anuario de Psicología*, 51(1), 1-7.
- 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), Article 2. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.2014
- Carapezza Figlia, G. (2021). Family home rights in divorce. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 15, 64-75
- Cardona Rubert, M. B. C. (2023). Los estereotipos de género en el empleo: Una cuestión de actualidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 49, Article 49. <https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26459>
- Congreso Nacional. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737 de 03 enero de 2003.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil* (Codificación 2005-010). Registro Oficial 10 de mayo de 2005. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

- Corte Constitucional del Ecuador (2021) Sentencia No. 28-15-IN/21, (24 de noviembre de 2021).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=
- García Prieto, I., & Arriazu, R. (2020). Estereotipos de género en educación infantil: Un estudio de caso desde la perspectiva sociocultural. *Zero-a-seis*, 22(41 (Jan./Jul.)), 4-30.
- Manzanero, A. L., López, B., Aróztegui, J., & El-Astal, S. (2015). Autobiographical memories for negative and positive events in war contexts. *Anuario de Psicología Jurídica*, 25(1), 57-64. Scopus. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2015.02.00>
- Meil Landwerlin, G. (2017). Permisos parentales para hombres y corresponsabilidad en el cuidado de niños. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 131, 15-34.
- Moreira-Intriago, M. D., Cajas-Párraga, C. M., & Moreno-Arvelo, P. M. (2022). Desigualdad laboral como forma de violencia contra las mujeres en el Ecuador. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 7(12), 59-63. <https://doi.org/10.35381/racji.v7i12.1573>
- Neiman, T. S., & Barrera, Y. (2021). Mujeres presas y tareas de cuidado: Un castigo diferencial para las “Malas Madres”. *Debate Público*, 11(21), Article 21.
<https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/debatepublico/article/view/8423>
- Rodríguez, E., Cáceres, N., & Agudo, J. (2022). Patria potestad y corresponsabilidad parental: Un acercamiento a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(1S), 202-209.
- Velázquez, M. E. (2014). A bibliographic path through subject-society, body and clothing concepts and their interrelationships. *Interdisciplinaria*, 31(2), 227-237
- Viscarra Torres, V. G. (2017). El ejercicio del derecho de contradicción del alimentante frente al principio del interés superior del niño en los casos de acumulación de pensiones alimenticias. *Universidad Andina Simón Bolívar*, 85.