



El sesgo a la madre en otorgamientos de tenencia de menores: Un problema de derechos constitucionales

Maternal bias in child custody awards: A constitutional rights issue

María Alejandra Cedeño Cárdenas
Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Ecuador.
1317595559.live@uleam.edu.ec
<https://orcid.org/0009-0007-4050-2266>

Denny Lourdes Zambrano Quiroz
Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Ecuador.
denny.zambrano@uleam.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-1774-1679>

Recibido: 17-03-2025 **Aceptado:** 23-05-2025 **Publicado:** 01-07-2025

Cómo citar: Cedeño-Cárdenas, M. A. y Zambrano-Quiroz, D. L. (2025). El sesgo a la madre en otorgamientos de tenencia de menores: Un problema de derechos constitucionales. *Revista Científica Retos de la Ciencia*, 9(20), pp. 99-114. <https://doi.org/10.53877/rc9.20-588>

RESUMEN

Se propone comprender el fenómeno de otorgamiento de tenencias de Niñas, Niños y Adolescentes a la madre en detrimento del padre, o de la custodia compartida, como un factor de vulneración de derechos de igualdad y otras amenazas jurídicas asociables al saludable desarrollo del menor. Para argumentar esta idea, este trabajo caracteriza este problema como sesgo de otorgamientos de custodia (SOC) identificándolo como resabios de representaciones histórico-culturales que no representan la evolución de la familia moderna ecuatoriana y que dan preeminencia a la custodia de un solo padre. Se demuestra este sesgo en las referencias sobre jurisprudencia, en la misma Ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia ecuatoriana e, incluso, en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la cual pone condiciones adversas al llamado “ejercicio de la patria potestad” del padre y, sobre todo, en el modelo de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: custodia, interés superior del niño, constitución ecuatoriana, igualdad de derechos, custodia compartida.

ABSTRACT

We propose to understand the phenomenon of granting custody of Girls, Boys and Adolescents to the mother to the detriment of the father, or to the joint custody, as a factor menacing the healthy development of the child. In order to support this idea, this paper characterizes this problem as the bias of custody (SOC, in Spanish), identifying it as remnants of historical and cultural representations which gives preeminence to only one parent custody. They represent the modern Ecuadorian family. This bias is demonstrated

in the references to jurisprudence, in the Ecuadorian Organic Law on Childhood and Adolescence itself, and even in the pronouncement of the Constitutional Court, which places adverse conditions on the so-called "exercise of the fatherhood authority and, over all, the shared custody model.

KEYWORDS: custody, best interests of the child, ecuadorian constitution, equal rights, joint custody.

INTRODUCCIÓN

En el contexto jurídico ecuatoriano, la tenencia de menores es una institución legal que busca garantizar el interés superior del niño, principio consagrado tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, en la práctica judicial se ha evidenciado un patrón persistente: la preferencia automática hacia la madre en los procesos de otorgamiento de la tenencia. Este fenómeno, aunque aparentemente bien intencionado, ha generado controversias sobre posibles vulneraciones a los derechos constitucionales del padre y, en ocasiones, del propio menor.

El artículo 44 de la Constitución ecuatoriana establece que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas, y que en toda decisión que los afecte prevalecerá su interés superior. No obstante, cuando las decisiones judiciales se fundamentan más en estereotipos de género que en evaluaciones objetivas de las capacidades parentales, se corre el riesgo de incurrir en un sesgo discriminatorio. Este sesgo a favor de la madre puede implicar una transgresión al derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 11 de la misma Constitución.

La presente problemática plantea un debate necesario sobre la aplicación efectiva de los principios constitucionales en los procesos de familia. Exige, además, un análisis crítico sobre cómo la normativa vigente es interpretada y aplicada por los jueces, y si dicha interpretación realmente cumple con los estándares de imparcialidad, equidad y protección integral de los derechos de todos los actores involucrados, especialmente del niño.

Planteamiento del problema

Este trabajo analiza la tenencia de hijos cuando favorece a la madre o a la figura femenina, especialmente en casos de tenencia unilateral. Se argumenta que las ideas de los teóricos del siglo XIX sobre familia y Estado reflejaban una proyección de la familia sobre el Estado moderno. Así, las leyes reprodujeron el modelo familiar de la época, asignando a la madre un rol doméstico y al padre el papel de proveedor y figura externa, mientras que los hijos eran vistos como vulnerables frente al padre o figura masculina.

Sin embargo, la evolución familiar en los siglos XX y XXI muestra la creciente emancipación económica de la mujer y un fuerte reclamo social y experto para que ésta supere el rol doméstico impuesto y su condición socialmente construida. Por ello, la cuestión de la tenencia materna debe entenderse como resultado de debates históricos sobre Estado y familia, así como del actual cuestionamiento de la mujer como construcción social masculina.

Este debate pasa, al menos, por tres grandes consideraciones:

- a. **Transformación de roles parentales:** El modelo tradicional de familia con roles rígidos de género ha sido sustituido progresivamente por nuevas dinámicas

familiares, producto del aumento de divorcios, uniones de hecho y familias diversas. Estas transformaciones generan modelos parentales alternativos y familias monoparentales

- b. Desvinculación económica del núcleo familiar:** En la actualidad, los procesos de globalización, crisis financieras, violencia estructural y deterioro institucional han debilitado dicha función.
- c. Obsolescencia del marco legal familiar:** La legislación civil ecuatoriana, anclada en códigos decimonónicos como el de Andrés Bello, no refleja adecuadamente la realidad familiar contemporánea. Las reformas son fragmentarias, parciales y reactivas, lo que impide una respuesta integral a la crisis estructural de la familia, la cual es reflejo, a su vez, de una fragmentación social más profunda.
- d. Interés superior del niño como principio vulnerado:** Pese a su consagración constitucional y convencional, el principio del interés superior del niño se ve comprometido por prácticas judiciales sesgadas que privilegian injustificadamente a la madre.

De modo que tanto la norma como la práctica jurídica han supeditado el interés superior del niño, puesto que aleja al padre o la figura paterna del crecimiento del menor, lo que constituye un problema atendido por la psicología e, incluso, la criminología de ese país.

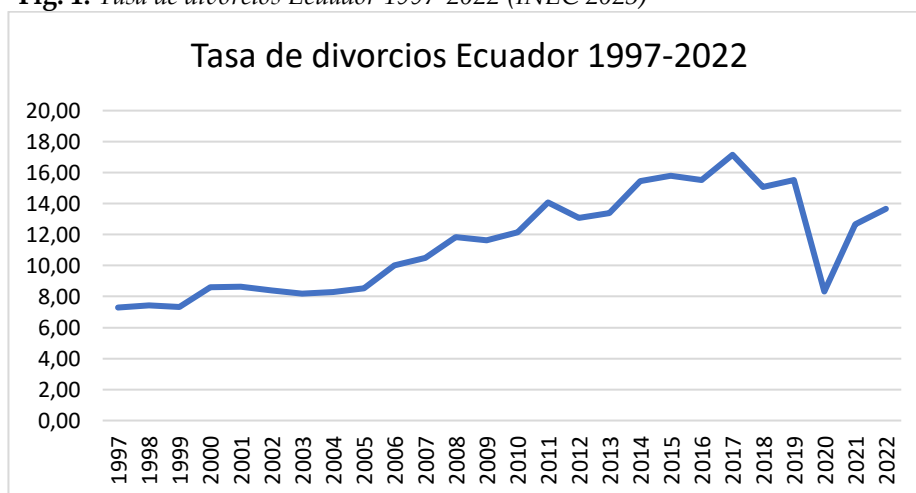
En este contexto se inscriben los problemas del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en Ecuador y el pronunciamiento de la Corte Constitucional. Se argumentará que su redacción favorece una distorsión jurídica que este trabajo propone denominar SOC (Sesgo al Otorgamiento de Custodia), la cual a) impide soluciones modernas favorables a los derechos del menor, b) impide el sano desenvolvimiento mental del NNA a la luz de la figura compartida, c) promueve en la práctica disolver la figura paterna a favor de la materna, copiando con ello modelos familiares vetustos, y d) promociona una idea prostática de la mujer, la cual parece requerir constantemente de la protección del hombre o del Estado para poder cumplir con su función materna.

DESARROLLO

Los divorcios: el inicio del problema de la tenencia

Para considerar los otorgamientos de tenencias en virtud del desarrollo del menor, es imperativo reconocer que el divorcio, no solo es el origen administrativo del proceso, sino una de las fuentes latentes de amenazas al desarrollo infantil y del adolescente. Por lo cual, el aumento de los divorcios no solo revela un aumento en los casos de otorgamiento, sino un problema social que, aunque naturalizado, es la fuente de traumas y problemas.

Los casos de divorcio han aumentado constantemente entre las familias ecuatorianas durante las últimas décadas. Tal como se observa en el siguiente gráfico, la tasa de divorcios, calculada por número de divorcios registrados divididos por cada 10.000 habitantes, aumenta de 7.29 en 1997 hasta 13.67 en 2022, esto es, que se duplica de manera progresiva y persistente en cerca de 15 años.

Fig. 1. Tasa de divorcios Ecuador 1997-2022 (INEC 2023)

Las cifras presentadas, tomadas del INEC, también muestran que los 22.488 divorcios en 2021 es la expresión de un rebote producido por el efecto artificial de la pandemia y prepandemia, por lo que el número tiende a recuperar el ritmo que había tomado desde el 97. En otras palabras, la pandemia habría retenido la tasa de divorcios por única vez en la historia del Ecuador desde 1997, pero habría también hecho un trabajo efímero: la tasa de recomponer casi del mismo modo al tiempo pre-pandémico.

También indican varias cosas importantes: la creación de la norma a favor de las uniones de hecho, en el texto constitucional y la normativa consecuente, no parecen tener efecto alguno en el comportamiento estadístico de los divorcios: se siguen produciendo matrimonios y éstos se siguen divorciando en el mismo ritmo matemático.

Otra cosa que llama la atención es que el comportamiento de los divorcios es sorprendentemente constante si se considera que los conflictos familiares se esconden del público y no siempre se expresan en forma de divorcios. A pesar de que es posible pensar que este factor concomitante debería tener una expresión estadísticamente arbitraria en la conformación de uniones familiares, la estabilidad reflejada de la tasa de divorcios muestra que no es tan arbitraria y probablemente responde otros factores constantes.

Según el INEC, los hombres se divorcian en promedio a los 44 años y las mujeres a los 41. Esto indica que muchos divorcios ocurren cuando los hijos están en plena niñez o adolescencia, una etapa clave en su vínculo con el padre.

El diario El Universo entrevistó al abogado especialista en Derecho de Familia, Stalin Oviedo, quien explicó que una de cada cuatro separaciones se debe a problemas graves como adicciones, dificultades económicas, infidelidad y violencia.

Estos datos muestran un aumento de divorcios conflictivos, en los que hay daño físico o psicológico, incluso hacia los hijos. Oviedo señala que muchas personas no denuncian por vergüenza, y que las mujeres a menudo sufren maltrato no solo de la pareja, sino también de otros familiares, como padres o hijos.

Además, la región Sierra tiene el mayor porcentaje de divorcios del país, con un 47,4 %, lo que contrasta con su imagen de tranquilidad. Le siguen la Costa, la Amazonía y la región Insular. Este fenómeno también afecta a parejas del mismo sexo. (INEC, 2023). Pero la terminación de un matrimonio en sí es solo una de las muchas consideraciones que las parejas enfrentan en un proceso de divorcio. Son clásicos motivos de conflicto la división del patrimonio conyugal, la pensión de los hijos, y la custodia del niño.

En medio de un entorno complicado, surge la decisión sobre quién se queda con la custodia de los hijos. Tradicionalmente, casi siempre se le ha dado a la madre. En EE. UU., por ejemplo, el 90 % de los casos se resuelven a favor de ellas, aunque ambos padres son importantes en la vida de los hijos antes y después del divorcio.

En muchos casos, el padre, que ha sido activo en la crianza durante años, se ve obligado a alejarse de ese rol. Esto genera frustración en él, sobrecarga a la madre y puede aumentar los conflictos, llevando a divorcios difíciles o incluso a que la pareja no se separe, a pesar de querer hacerlo.

La causa principal de este favoritismo hacia la madre es una visión tradicional que la considera naturalmente más apta para cuidar a los hijos. Aunque la Corte Constitucional reconoce que ambos padres tienen los mismos derechos, no impulsa claramente la custodia compartida, lo que hace que uno de los dos, usualmente el padre, quede reducido al papel de proveedor.

Hoy en día, el divorcio ya no se ve como un problema grave. Sin embargo, dar la custodia a un solo progenitor sin promover la compartida puede afectar al menor. Por eso, se propone que el verdadero problema no es a quién se le da la custodia, sino el modelo de divorcio que se maneja. El Estado debería apoyar la custodia compartida como norma principal, y dejar la custodia exclusiva solo como una excepción.

MARCO TEÓRICO: SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

La familia cognática: la custodia en Roma

En el derecho romano se reconocen dos tipos de familia: la cognática, o cognaticia (basada en la descendencia de un padre y una madre) y la agnática o agnaticia (basada en lazos no directamente sanguíneos, como primos, tíos y adopciones) (Alcivar Trejo y Calderón Cisneros, 2013).

Antropológicamente, la figura cognática es fundamental pues pone las herencias y legados en manos de la pareja reproductora, y no en las tribus, como sucedía en las culturas vecinas u, hoy en día, en muchas familias árabes. Los derechos adquiridos por la familia fundamentalmente cognática, se trata de la definición misma de la descendencia, por cuanto es fundamental para la definición de las herencias y de la vigencia de custodias como de patria potestad.

La descendencia cognática también se conoce como descendencia no unilineal y hay dos tipos de descendencia cognática: bilateral y ambilineal. Es importante ver que los antropólogos sugieren que este tipo de familias son más eficientes cuando no hay enemigos externos:

“Datos antropológicos sugieren que la ascendencia cognática surgió en culturas donde la guerra es poco común y existe una organización política que puede organizarse y luchar en nombre de los miembros. En los sistemas bilaterales, los niños descienden por igual a través de ambos padres. Las personas de ambos lados de la familia son consideradas parientes” (Seneda & Field, 2023).

Este tipo de parentesco es el que se practica formalmente en Ecuador y en la mayoría de los países de América Latina.

Cuando los romanos establecieron la propiedad en manos de la pareja, transformaron la concepción de la familia: dejó de verse como parte de una tribu para

consolidarse como una unidad centrada en el hogar, el matrimonio y el trabajo. Este modelo tuvo una profunda influencia en la cultura occidental y en los valores modernos, otorgando mayor relevancia a la mujer y a los hijos dentro del núcleo familiar.

Con la promulgación de las XII Tablas del derecho romano, se comenzaron a limitar por primera vez los poderes absolutos del padre. Por ejemplo, si una mujer se ausentaba del hogar durante tres días, se consideraba legalmente divorciada; o si un padre ejercía violencia contra sus hijos, podía perder la patria potestad. Este tipo de regulaciones no existía en otras culturas antiguas, donde el poder estaba concentrado en tribus o monarquías.

Este modelo familiar se convirtió en la base de la sociedad moderna, aunque la industrialización lo modificó al transformar al hombre en asalariado, alejándolo del ámbito doméstico.

En Roma, la custodia de los hijos no se imponía por ley, sino que se acordaba entre padre y madre. A menudo, ambos compartían la custodia, salvo en casos donde la distancia lo impedía. La madre, por su rol central en la familia, tenía capacidad para negociar estas decisiones.

Esta visión ha perdurado en el tiempo y se refleja en el actual Derecho Civil ecuatoriano, que reconoce la responsabilidad compartida de ambos progenitores en el cuidado y crianza de los hijos, tal como lo establece el artículo 69. (Alcívar Trejo y Calderón Cisneros, 2013).

El surgimiento de la madre como custodia del niño en el siglo XIX

A finales del siglo XIX, con la industrialización, la madre empezó a encargarse de la custodia de los hijos. El padre, como asalariado, salía a trabajar y dejaba de participar en la vida familiar diaria. Así, se dejó atrás la antigua idea de la familia como una empresa dirigida por el padre, y se empezó a creer que la madre era más adecuada para cuidar a los hijos por su "instinto maternal", ya que ella se quedaba en casa mientras el padre trabajaba. (Avilés Hernández, 2019).

Con la revolución industrial, el trabajo asalariado se volvió más importante que la propiedad familiar o real. Las antiguas formas de riqueza, como las tierras del padre o de la nobleza, ya no eran suficientes frente al nuevo modelo capitalista, que valora la especialización, la educación y nuevas habilidades. Esto cambió la economía familiar: el padre tuvo que irse a trabajar lejos en fábricas o ciudades, mientras la madre se quedó en casa cuidando a los hijos de tal modo, como argumenta Avilés Henández (2019), se naturalizó la idea de dejar la custodia en la mujer pues "ellas eran las que mejor se identificaban con esas características y necesidades especiales que tenían". De hecho, la familia cognática patriarcal de antes de la revolución industrial no consideraba este aspecto, sino más bien una responsabilidad compartida como lo mejor:

Con el tiempo, se empezó a creer que lo mejor para los niños pequeños era quedarse con sus madres, ya que ellas comprendían mejor sus necesidades. Esto ocurrió porque la sociedad cambió, sobre todo cuando los padres comenzaron a trabajar fuera de casa. Al quedarse en el hogar, las madres asumieron el papel principal en el cuidado de los hijos, lo que reforzó la idea de que eran las más adecuadas para esa tarea. (Avilés Henández, 2019, p. 201-202)

En Europa, especialmente en países como España, Italia y Portugal, se creyó durante mucho tiempo que la madre era la mejor cuidadora, una idea reforzada por la cultura y la

industrialización. Esto influyó también en países como Ecuador, donde es muy difícil para los padres obtener la custodia, incluso compartida.

Por lo general, los jueces dan la custodia a la madre, y para cambiar eso, se necesita probar que ella no está capacitada. Esto es aún más fuerte cuando se trata de niños menores de siete años, según el Código Civil. Aunque la Corte Constitucional ha dado la razón al padre en algunos casos, esto ha convertido el tema en una disputa entre géneros, en lugar de centrarse en el bienestar del menor y en la importancia de que ambos padres estén presentes.

El desfase fue tal que, en España, apenas en 1981, se legalizó un convenio regulador para la custodia de ambos progenitores, abriendo por primera vez la posibilidad de la custodia masculina (Jordana, S., 2023). Esto es lo que sucedió en Ecuador a partir de la resolución de la Corte Constitucional en el 2022, pero, en ambos casos se interpretaba la necesidad de legislar a favor de la tenencia paterna y no la compartida.

La familia y el Estado en Hegel

Tiene particular importancia la obra filosófica de Hegel en la idea de Estado del siglo XIX y, por tanto, también tiene mucha importancia en la filosofía del derecho moderno.

Hegel argumentaba que la familia es la fuente del Estado, puesto que es allí donde se introyectan y se reproducen los valores éticos (de la moral general a la ética de las relaciones concretas). El sentimiento de formar parte de una familia es un vínculo de amor, que se extiende a las instituciones y el Estado, por eso la ética del derecho se legitima y aprueba nociones de esta idea principal: la familia.

Así lo explica Real Rissetti (2004, sp):

“Hegel define la familia como ‘sustancialidad inmediata del espíritu, la familia se determina por su unidad sentida, el amor’. De acuerdo con ello, se tiene en esta unidad, en cuanto esencialidad que es en y por sí, la autoconciencia de la propia individualidad, y no se es en ella como persona por sí sino como miembro”

En la familia el espíritu tiene su sustancialidad inmediata. La familia es la primera institución ética, surgida sobre la base de una disposición y determinación naturales, unida por un vínculo también natural, el amor; no puede ser aún el lugar de la moralidad. Esto porque en la moralidad, el elemento racional rompería con lo inmediato y natural, propio de la familia. Sin embargo, Hegel, insiste bastante en el carácter de la inmediatez o de la naturalidad de esta institución, que paradigmáticamente junto con ser “inmediata” no deja de ser “ética”.

En esa perspectiva, la idea de que la madre es la cuidadora fundamental de hijo en la familia, es un hecho que organiza la construcción de la familia (de la revolución industrial) y es por ello que se proyecta a las normas definidas por el Estado nacional. Así, la ética de la familia se convierte en la ética del Estado.

La familia en Marx

Marx “pone a Hegel de cabeza”, como suele decirse. Marx privilegia un enfoque materialista sobre el de abstracción idealista, y muestra que la familia es el resultado de fuerzas históricas y sociológicas, y no de la ética o la moral por sí misma. Así, Marx denuncia que la familia que supuestamente representan a la sociedad y que se proyecta en Estado no es sino la familia burguesa. La que tiene poder para representarse en el Estado

serían las clases pudientes que se presentan en sus partidos y el poder económico ante el parlamento y las autoridades oficiales. Puesto que los roles de padre y madre han sido configurados por la revolución industrial, no se trataría de que la madre es mejor que el padre, sino que todo es el resultado de las conveniencias de la explotación y la producción capitalista: si el padre debe dejar al niño con la madre es porque está obligado para ser el proveedor de alimentos, y esa práctica es la verdadera fuente de eso que Hegel hubiese llamado ética. No es realmente que la madre sea mejor, sino que ella cumple obligatoriamente el papel de quedarse en casa, para mantener el orden reproductivo necesario para que siga habiendo trabajadores o proletarios, que son los que permiten la acumulación de los propietarios del capital.

Así lo explica EMVI (2023) a partir de Meillassoux:

“Tras la función de la familia de ofrecer fuerza de trabajo al sector formal de la economía, el sector de la reproducción subsidia la actividad productiva de las empresas, en razón de que los hogares soportan la subsistencia del obrero y así disminuyen los costos de fabricación de mercancías y, en ese sentido, pueden considerarse portadores de un vínculo con efectos indirectos sobre los procesos de acumulación. Así lo concibe MEILLASSOUX (1979) quien aduce que la fuerza de trabajo es producida en una institución denominada familia. En el capitalismo resulta muy barato suministrar lo necesario para que el trabajador y su familia restituyan y mantengan la capacidad de trabajo. Por la vía de extracción continua de valor, las unidades domésticas se ven involucradas en un proceso de eterno aporte a la acumulación de la economía capitalista, al tiempo que se preservan como productoras de alimentos y de otros bienes. La familia sigue siendo la institución en cuyo seno nacen, se alimentan y se educan los hijos, gracias al trabajo benévolo de los padres, en particular de la madre; es sitio de la reproducción conyugal de fuerza de trabajo, o sea producción de una mercancía.”

Marx es el autor que revela que la madre que conocemos no es más que un papel histórico y que la mujer debería poderse emancipar de ese papel, si así lo requiere. Lo mismo se aplica al hombre: él puede desarrollar su benevolencia paterna, si el sistema se lo permitiese. Lo contrario, esto es, asumir que los progenitores tienen funciones predeterminadas, como si esto fuera natural, no es más que la naturalización de justificación de prácticas que son obligadas por el sistema de acumulación de riquezas, y las características del modo de producción desde el siglo XIX.

Mucho tiempo luego, en los años 60 y 70, la teoría científica llamadas del etiquetamiento, de la estigmatización o de la reacción social, ratifica estas ideas y muestra que si se asigna una etiqueta a una persona (por ejemplo: el hombre es de la calle, y la mujer de la casa) esa etiqueta se amplifica en el auditorio social y se naturaliza. Pero, realmente, no se tratan de roles definidos por la persona en libertad, sino asumidos por aceptación o rechazo de la sociedad (Aniyar de Castro, 1977; Becker, 1978; 2018; Cohen, 1992).

La concepción jurídica de tenencia o custodia

Es importante comenzar este capítulo indicando que la Ley Orgánica de la Niñez y la Adolescencia, que es la ley competente en los otorgamientos, no usa ningún concepto como tenencia, tutela, custodia o guarda. Se atribuye formalmente al concepto que se desarrolla en este trabajo la figura de ejercicio de la patria potestad. En el Código Civil, los conceptos de guarda legítima, curaduría o tutela son más referidos a la desaparición, el fallecimiento o la discapacidad, esto es, en el contexto de legado o testamento, pues la ley civil, concebida

en el pasado, maneja con dificultad la normalidad actual de la figura del divorcio. El uso más corriente en la práctica jurídica verbal, y en algunos documentos ecuatorianos, es el de tenencia. Lo que se indica en el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Niñez y la Adolescencia es que “el Juez considera pertinente entregar el cuidado y crianza de un hijo a uno de sus padres se fundamentará en la no alteración de los derechos al progenitor común”, por lo que la figura usual de tenencia correspondería a la forma jurídica de “entrega del cuidado y la crianza”.

De tal modo que, en el Código Civil ecuatoriano, el otro concepto fundamental de uso es el de la patria potestad, que aterriza en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, mediante la idea de “ejercicio de la patria potestad”. Este concepto es altamente peligroso pues la patria potestad es la existencia misma de padre y madre, esto es, la expresión jurídica de las consecuencias biológicas de la reproducción y la moral consuetudinaria de autoridad, la cual no debería estar en conflicto o disputa, salvo en casos extremos. Cuando el artículo 118 se decanta de entrega del cuidado y la crianza a la figura de patria potestad, realmente estaría acercándose a la función misma biológica, y la relación de amor y solidaridad que desciende de la progenitura cultural. Sin embargo, ese no parece ser el contexto connotacional, sino solo la idea de otorgar la responsabilidad de los “alimentos” a un conjunto de atenciones y obligaciones de los progenitores para garantizar el crecimiento, formación y desarrollo de los menores. Más adelante se analizarán los peligros de esta confusión.

Por todo esto, para evitar confusiones con otros contextos jurídicos, se sugiere entender la idea de tenencia, o entrega del cuidado y la crianza, del siguiente modo: La custodia o tutela como protección y protección directa desarrollada por los padres para sus hijos. Significa, pues, convivencia, cuidado diario e inclusión emocional (Delgado, 2018). Si bien la tenencia pueda tener la etimología de una relación física, la entrega del cuidado y la crianza le da contexto: se refiere a un conjunto de derechos y obligaciones que permiten el desarrollo del menor.

La tenencia y el sesgo de otorgamientos de custodia (SOC)

Constitución

La Constitución de la República del Ecuador entiende el desarrollo del menor dentro de un “entorno familiar, escolar y comunitario de afectividad y seguridad”, con lo que reconoce que el factor familiar y comunitario es fundamental en su crecimiento. El artículo completo reza:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...) Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De tal modo que el divorcio, cuando imprime en la vida del menor una ruptura familiar y comunitaria, muchas veces acompañada de rupturas del contexto escolar y social en general, es contrario a las bases establecidas constitucionalmente de su desarrollo. Por lo

que este artículo propone entender que el divorcio es, por su propia definición, una de las amenazas latentes en el desarrollo del menor.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Desde el año 2003, el Código de la Niñez y Adolescencia entra en vigencia en el Ecuador, garantizando de manera específica los derechos de los niños y adolescentes, ya establecidos en la Constitución y en la convenciones y acuerdos internacionales. Por ello reza en el Artículo 1: “La protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad” (Oficial et al., 2009).

La asignación de lo que regularmente se llama “tenencia” o “custodia” en la práctica jurídica ecuatoriana, es el resultado de un divorcio en el que se trasladan de manera diferencial las obligaciones a los hijos y se asocia, por razón de la importancia de la proximidad, el derecho a un progenitor de vivir con sus hijos.

La tenencia, al ser determinada por el juez, establece a cuál progenitor le corresponde la tenencia del padre que la haya solicitado. De hecho, el artículo 260 indica los peritajes que se requieren para establecer, simplemente, cuál de los dos progenitores se quedará con el menor. Por la naturaleza de su redacción, la custodia o tenencia compartida nunca aparece como opción preferente, apenas se sugiere, y está sujeta totalmente a un arreglo que puedan llevar a cabo los progenitores luego del divorcio. Tal arreglo es el mejor escenario, o escenario ideal, pero se enfrenta al hecho que la separación muchas veces se presenta como el resultado de difíciles conflictos interpersonales, en forma, por ejemplo, de una competencia entre progenitores, o de juegos de manipulación. Un divorcio suele ser el corolario de una relación plagada de tensiones psicológicas. Por esta razón, y dado el interés superior del menor, la custodia compartida debe ser una opción establecible por el juez. Sin embargo, en la realidad del texto, no se la considera como una opción. Ésta es definida por el juez mediante los criterios establecidos en el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual se debe transcribir para su análisis:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- 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;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
- 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

A lo largo de todas estas consideraciones jurídicas se perciben cuatro problemas:

a) El juez decide la tenencia, derivada de la patria potestad, a solo uno de los progenitores. No existe explícitamente la opción de custodia compartida.

b) Los criterios explícitos de patria potestad siempre prefieren a la madre, puesto que en conflicto entre las partes (numeral 2) o supuesta igualdad de condiciones (numeral 3), el juez obliga su asignación a ésta. Esta es la dimensión jurídica de lo que en este trabajo se denominará el sesgo de otorgamientos de custodia (SOC).

Pero el sesgo contemplado por la ley es mucho más complicado que lo que simplemente reza el texto. Lo analizaremos, aunque esto ha sido modulado ya por la resolución de la Corte Constitucional:

i. No es obligante para el juez escuchar al menor de doce años, por lo que su criterio es accesorio, cuando debería su voz debería ser escuchada, periciada y, de ser necesario, incluirla dentro de análisis contextuales. Es precisamente el menor de 12 años (el representante de los “años tiernos”, o the tender years) el eslabón más importante de esta decisión, y éste es sustituido casi automáticamente, no por un análisis de la opción del mejor padre, sino por la custodia materna inmediata.

ii. Por otro lado, si hay conflicto de criterios entre los progenitores, que es muy probable en el contexto de un divorcio, se crearia la ausencia de un arreglo, o la ausencia oportunista de un arreglo entre las partes, por lo que el juez entregaría la tenencia a la madre. Dado que el fracaso de un arreglo siempre favorece a la madre, esto obliga al padre a no argumentar a favor de él o de una custodia compartida: Basta que la madre lo contradiga para quedarse ella con el hijo. Esto obliga al tribunal a no conocer el contexto conflictivo del divorcio y su relación con los infantes, lo que impide o limita una comprensión judicial o pericial de la situación.

iii. Y finalmente, si ambos progenitores se encuentran en buenas condiciones de madurez y estabilidad, lo que debería ser un contexto propicio para la custodia compartida, el juez, paradójicamente, estaría obligado a entregar el niño a la madre. Lo que significa que solo si se demuestra que la salud mental de la madre y su estabilidad es insuficiente, podría ésta perder la custodia o tenencia. Pero esto implica una situación aún más grave: no solo nuevamente la figura masculina o el padre se encontraría en clara desventaja, sino que el niño no aprovecharía la supuesta salud mental y estabilidad de sus dos progenitores para la custodia compartida, o la del padre, sino que se vería obligado a estar con la madre.

En otras palabras, si el juez entrega estos derechos a un progenitor y se los quita a otro, está haciendo desaparecer el vínculo jurídico de paternidad del primero. Solo, entonces, quedan la paternidad biológica y la costumbre moral de la paternidad, pero la jurídica, que debería proteger a aquellas, es extraída por el principio de sesgo de otorgamientos de custodia (SOC).

De tal modo que, en términos de ponderación jurídica, un divorcio puede producir efectos jurídicos en la pérdida de la patria potestad, analogables a cargos particularmente graves en materia penal. Esto, porque los legisladores no usaron conceptos de matriz internacional, como custodia o tenencia, sino “ejercicio de la patria potestad”, una condición jurídica, precisamente, definida por el ejercicio de derechos.

De tal modo que la tenencia compartida (cuando los padres comparten el mismo derecho al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, lo que conduce a equidistantes

obligaciones económicas y de cuidado), que debiese ser el modelo ideal en el ejercicio de la patria potestad, realmente se somete al SOC, por causa de esta imprecisión en el código. Esto hace que una decisión ordinaria del juez, asignando ejercicios de patria potestad a solo una de las partes, equivalga a la gravedad penal del artículo 117 del mismo código, en el que se establece la pérdida de la patria potestad por la negación al cumplimiento de las obligaciones con sus hijos (Orellana Urgilés & Pozo Cabrera, 2023).

Corte Constitucional

En el 2022 la Corte Constitucional se pronuncia en contra del problema de que el sesgo de otorgamiento de tenencia favorece a la madre, y que ello sería una violación del principio constitucional de igualdad (Corte Constitucional, 2022). La Corte estima que 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 interés superior del hijo o la hija” son contrarias a la Constitución y, por ende, declara su inconstitucionalidad por el fondo.

La Corte Constitucional exhorta a una reforma legislativa en el código que haga definitivo el principio rector del interés superior de NNA para la tenencia al padre o a la madre, independientemente de su sexo. Pero no considera la posibilidad de la custodia compartida, lo que parece ser una contradicción al hecho de que esta opción corresponde de manera ideal a la reconstrucción del contexto familiar, comunitario y social que sugiere la Constitución como base del desarrollo del menor.

El numeral 248 de la resolución es central en el mandato de la corte y es allí donde se asienta la monoparentalidad. Éste reza:

“Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de NNA, y que éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre”.

Con ello, todos los esfuerzos que la corte hace por contextualizar, establecer cuidados, impedir el uso de amenazas y manipulaciones de una parte o la otra, atenuar los riesgos que se atribuyen al juez sobre la desaparición de la patria potestad de un progenitor, solo por dar algunos ejemplos de la vocación de exhaustividad de esta resolución, se reducen a que la tenencia solo la puede encargarse a uno u otro progenitor.

Con esta idea en mente, deben leerse las condiciones consiguientes para decidir cuál progenitor merecerá la tenencia, esto es, sin opción explícita a la tenencia compartida. La resolución trata de definir el marco en el que debe producirse la competencia entre progenitor femenino vs el progenitor masculino, para que el sistema pueda decidir quién de ellos es el adecuado.

Jurisprudencia

Sin embargo, a pesar de que se cuenta con pocas estadísticas publicadas, en el 2020 se contabilizan los casos solicitados según el género, en el siguiente gráfico:

Figura 2

Solicitudes de alimentos según género del usuario, 2020. Defensoría Pública

TEMAS DE ATENCIÓN	AÑO 2020			TOTAL 2020	% TEMA DE ATENCIÓN
	FEMENINO	LGBTI	MASCULINO		
Alimentos	48.991	30	3.024	52.045	59,21%
Liquidación de pensiones alimenticias	18.676	6	955	19.637	22,34%
Paternidad y alimentos	4.121	1	114	4.236	4,82%
Alimentos mujer embarazada	1.864	1	57	1.922	2,19%
Ejecución de actas de mediación	1.449	2	41	1.492	1,70%
Incidente de rebaja de pensión de alimentos	1.299		160	1.459	1,66%
Incidente de aumento de pensión	1.026		39	1.067	1,21%
Medidas de protección	633	1	392	1.026	1,17%
Recuperaciones de menores	858	1	92	951	1,08%
Otros temas de atención	2.609	5	1.456	4.070	4,63%
Total	81.528	47	6.330	87.905	100%
% Género del Usuario	92,75%	0,05%	7,20%	100%	

(*) Adicional a las causas de la línea Familia, se agregan las causas atendidas en la línea de servicio Civil, temas de atención: Disolución voluntaria de la sociedad conyugal sin bienes y con menores, Alimentos congruos y Declaratoria de unión de hecho.
Fuente: Sistema de Gestión de la Defensoría Pública - SGDP
Elaboración: Dirección de Estadísticas

Allí se indica que solo el 6,25% de los padres masculinos solicitaron una pensión de alimentos, por lo que se presume que se habrían beneficiado de esta solicitud, aunque pudo no haber sido cierto.

Testimonio de la jueza Marta Guerrero

Las cifras indicadas en la tabla coinciden con lo declarado mediante entrevista por la jueza de familia de Manta, Marta Guerrero (2023): las solicitudes de pensión por parte de los padres masculinos no han aumentado luego de la resolución de la corte suprema, en ninguno de los 7 tribunales del cantón de Manta.

La situación de tenencias masculinas o compartidas se confirman como marginales. Incluso indica la disminución de casos de solicitud por parte del padre. La jueza indica que en parte esto se debe a que los casos están siendo llevados a través de formas de mediación en las juntas cantonales. Los acuerdos entre las partes en estas juntas prevalecen desde el 2019, a pesar de que los centros de mediación no tienen la jurisdicción sobre las tenencias. A pesar de todo esto, en los mismos acuerdos, por inercia cultural como por efecto de la vigencia de algunas formas orientadas a la noción de tender years en Ley de la Niñez, se mantiene la preferencia por la madre y no se consideran las tenencias compartidas. La jueza afirma que, incluso, hay una consulta a la Corte Nacional que favorece la tenencia compartida, pero que ella misma no ordena tenencias compartidas, salvo que lo soliciten las partes (lo que redundaría en la norma original: la preferencia por la madre).

La jueza explica personalmente la razón por la que no sugiere la tenencia compartida:

“el código de la niñez establece que las madres deben ser las principales tenedoras, antes de los dos años sobre todo (...), hay una consulta a la Corte Nacional que favorece la tenencia compartida, pero aún no me la solicitan, pero si me la piden yo la acepto... se supone que es lo más justo” (...) “Aunque la resolución dice que se mantiene la pensión incluso cuando hay tenencia compartida, pero no está bien, porque los dos comparten la tenencia”.

El testimonio de la jueza revela los problemas de inercia de la noción de *tender years*, tanto en la cultura, como en los resabios legislativos:

“Prácticamente se ha vuelto una costumbre [no solicitar la tenencia compartida], o no quieren acordar, por eso a veces el juez establece lo más conveniente para el niño, que es lo mejor, estar con los dos progenitores (...) pero las custodias no se establecen así, no ha habido casos (...) [sin embargo] las tenencias ya no hay como antes. Eso está establecido y eso ya es así” (Guerrero, 2023)

El ejercicio de estos derechos se relaciona directamente con la tenencia de los hijos, y la lógica de las herramientas jurídicas es que solo uno de ellos, preferentemente la madre, se encargará del cuidado de los hijos, mientras que el otro se compromete a entregar la pensión alimenticia y, en el mejor de los casos, responder a un régimen de visitas:

“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” (Oficial et al., 2009)

Esto evidencia que, en la práctica, aún no se aplica la tenencia compartida entre padres. Aunque este tema está en manos de la Asamblea Nacional desde 2022, dentro del “Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia” (César Córdova, Defensor del Pueblo / 416884), hasta septiembre de 2023 – fecha en que se redacta este artículo – aún no se presenta el informe para el primer debate (Asamblea Nacional, 2023).

En Ecuador, la tenencia compartida implica el cuidado y crianza conjunta de los hijos, lo cual está sujeto a ciertas condiciones que deberán ser evaluadas por el juzgador. La Constitución de la República (2008) garantiza los derechos de niños y adolescentes, y en su artículo 35 los incluye entre los grupos de atención prioritaria, señalando que deben recibir cuidados especializados en todos los ámbitos, públicos o privados, como grupo vulnerable que merece máxima protección estatal (Legislativo, 2008).

Por su parte, el artículo 46 establece que el Estado debe adoptar medidas para asegurar los derechos de este grupo, como la garantía de nutrición, salud, educación y cuidado diario (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Sin embargo, con el tiempo, la jurisprudencia ha reforzado la doctrina de los *tender years*, según la cual, pese a los avances, se sigue promoviendo que los hijos queden al cuidado de la madre, por considerarse – desde una visión naturalizada – que ella brinda mejores cuidados (Campos García, 2004).

CONCLUSIÓN

El “interés superior del menor” (*best interests of the child*) es un concepto anglosajón que se ha extendido a muchos ordenamientos tras la ratificación de instrumentos internacionales. En la Inglaterra del siglo XVIII, la custodia se otorgaba al progenitor con propiedades, favoreciendo al padre. Sin embargo, casos como *Rex v. Delaval* (1763), *Rex v. De Mannerville* (1804) y *Blissets* (1774) introdujeron la noción de lo que resultaba mejor para el menor. Este último caso dio origen a la Ley de Custodia de Menores de 1839, que incorporó por primera vez la *tender years doctrine*, atribuyendo la custodia a la madre durante los primeros años del niño, al considerarse que representaba mejor sus intereses (Vara González, 2013). Se cuestionaba así que la custodia dependiera de criterios económicos, cuando la madre solía tener un vínculo afectivo más estrecho con el menor de siete años. En casos de conflicto, los tribunales asumen que no existe un acuerdo entre progenitores, y deciden en favor de uno.

Desde la criminología, se insiste en la importancia de la prevención por sobre la reacción. Esto invita a reconsiderar el modelo monoparental dominante en el marco jurídico ecuatoriano y transitar hacia uno que priorice la custodia compartida. La familia moderna ecuatoriana, por lo general, cuenta con condiciones que permiten corresponsabilidad: ambos progenitores tienen ingresos, educación, acceso a medios y redes donde circulan conocimientos psicopedagógicos. Así, principios como el interés superior del menor, la maternidad y paternidad responsables, y la protección del contexto familiar, social y comunitario, no implican necesariamente el otorgamiento exclusivo de la custodia a uno de los padres.

En Ecuador, la ONG “Custodia Compartida” ha sido consultada por la Corte Constitucional, aunque sus propuestas no fueron plenamente incorporadas. Entre ellas, destacan: mediación obligatoria entre progenitores, intervención de equipos multidisciplinarios para evitar la judicialización, y la inclusión expresa de la custodia compartida como mecanismo para garantizar el ejercicio conjunto de la patria potestad (decisiones sobre educación, salud, religión, domicilio, etc.). Se plantea que esta corresponsabilidad debe distribuirse equitativamente en crianza, manutención y tiempo, como obligación de los padres y derecho irrenunciable de los hijos, conforme a la Constitución.

Este colectivo también propone racionalizar las medidas de apremio a quienes incumplen deberes parentales, aplicando sanciones reales o alternativas, junto con políticas públicas eficaces. Además, sugieren reconocer la manipulación y alienación parental como formas de maltrato infantil, priorizando la protección de los hijos por encima del castigo a sus progenitores.

En conclusión, aunque existe jurisprudencia favorable, el principio del interés superior del menor sigue inclinándose hacia la madre, y la custodia compartida continúa prácticamente invisibilizada en el ordenamiento jurídico y jurisprudencial ecuatoriano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcivar Trejo, C. & Calderón Cisneros, J. (2013). Relaciones de la familia según el derecho romano y en la actualidad con la legislatura ecuatoriana. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Diciembre. <https://acortar.link/1B9u5g>
- Alvarado Cáceres, P. (2022). El amor se esfumó: Más de 22.000 parejas en Ecuador decidieron poner fin a su relación; los divorcios aumentaron 54,3 % el año pasado. *El Universo*, 7 de junio. <https://acortar.link/00QOoC>
- Aniyar de Castro, L. & Codino, R. (2013). *Manual de Criminología Sociopolítica*. Ediar. Buenos Aires
- Aniyar de Castro (2010). *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología Axiológica como Política Criminal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- (2003). *Resumen Gráfico del Pensamiento Criminológico y su Reflejo Institucional*. Ediciones Nuevo Siglo. Mérida
- (1977). *Criminología de la Reacción Social*. Instituto de Criminología. Facultad de Derecho. Universidad del Zulia. Maracaibo.
- Asamblea Nacional (2023). *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para Regular la Tenencia* (César Córdova, Defensor del Pueblo / 416884). Comisión de protección integral a niñas, niños y adolescentes. <https://acortar.link/3G5y7S>

- Avilés Hernández, M. (2019). Cambios históricos en el sistema de custodia preferente: hacia un derecho de familia occidental caracterizado por el cuidado compartido de los hijos tras la ruptura conyugal. *LA RAZÓN HISTÓRICA*. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas. Número 44. <https://www.revistalarazonhistorica.com/44-11/>
- Becker, H. S. (1970). 'Whose Side are We on?' Jack D. Douglas (Ed.) *The Relevance of Sociology*. Appleton-Century-Crofts. New York.
- Becker, H. (2018). *Outsiders. Hacia una Sociología de la Desviación*. Siglo veintiuno Editores.
- Código de la Niñez y la Adolescencia (2014). Asamblea Nacional del Ecuador. Lexis. <https://acortar.link/8Xhbrv>
- Cohen, Stanley (1992). *Against Criminology*. New Brunswick, London: Transaction Publishers.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Caso Nro. 28-15-IN <https://www.corteconstitucional.gob.ec/caso-nro-28-15-in/>
- Delgado, V. B. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador ¿una necesidad? *Espirales. Revista Multidisciplinaria de Investigación*, 31–39. <https://acortar.link/0V2e3p>
- Guerrero, M. (2023). Entrevista. Realizada por la abogada Michelle García. Tribunal de Familia. Consejo de la Judicatura. Manta, 25 de septiembre.
- INEC (2023). Divorcios. Ecuador en Cifras. <https://acortar.link/9v4bE5>
- Jordana, S. (2023). Custodia de los hijos y su evolución legal. *Mente Forense*. <https://acortar.link/8pS9vn>
- Orellana Urgilés, S. & Pozo Cabrera, E. (2023). La tenencia compartida en el Ecuador. *Polo de Conocimiento*. Vol. 8, No 2 <https://acortar.link/jK7XqV>
- Real Risetti, M.G. (2004). *La familia en la constitución del estado Hegeliano*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Filosofía con Mención en Axiología y Filosofía Política. Santiago, Universidad de Chile. <https://acortar.link/4YBtQH>
- Saneda, T. & Field M. (2023). 2.3: Parentesco. Cascadia Community College. Universidad de California Davis, la Biblioteca de la Universidad de California Davis, el Programa de Soluciones de Aprendizaje Económicas de la Universidad del Estado de California, y Merlot. <https://acortar.link/N0E9Q5>
- Vara González, J.M. (2013). El interés del menor: superior... ¿a qué?. *Hay Derecho*. 25 de Octubre. <https://acortar.link/E8Bf3n>